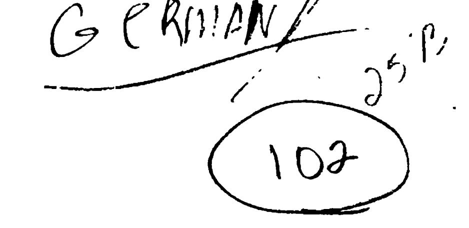


Noterbenrecht des Adoptierten gegen seinen leiblichen Vater.

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde an der Universität Leipzig

von

Christoph Schmöle.

1888

Frankfurt a. M.
Druck von Gebrüder Knauer.
1888.

For Tx

S

Dem grossen Pandektisten

Herrn Geheimrat Prof. Dr. Windscheid

in tiefster Ehrfurcht

zugeeignet.

Inhalt.

Seite

Erste Abteilung:

Vorjustinianisches Recht.

I. Formelles Noterbenrecht.

II. Materielles Noterbenrecht.

Zweite Abteilung:

Justinianisches Recht.

I. Recht der Kompilation.

II. Einfluss der Novelle 118.

§ 1.

Anordnung der Darstellung im Allgemeinen.

Der bei unserer Aufgabe zu bewältigende Rechtsstoff bedingt zunächst eine Anordnung der Darstellung nach historischem Gesichtspunkte, denn die für unsere Frage höchst wichtige constitutio 10 C. de adoptionibus 8. 47 ist ein korrektorisches Gesetz und erfordert als solches zu ihrer Auslegung die genaue Kenntnis des älteren Rechts. Daraus ergibt sich von selbst die gesonderte Behandlung des vorjustinianischen und des Justinianischen Rechts.

Für jedes dieser beiden Rechtsgebiete stellt sich eine weitere Zweiteilung als notwendig heraus: für das erstere dadurch, dass es in Rücksicht auf die Doppelgestaltung des Noterbenrechts und die Thatsache, dass wir uns für unsere Aufgabe nur hinsichtlich des formellen Noterbenrechts direkt an unsere Quellen halten können, geradezu geboten ist, zuerst das formelle und dann das materielle Noterbenrecht zu betrachten; für das letztere dadurch, dass die neue Erbfolgeordnung, wie sie mit der Novelle 118 in Kraft getreten, die fortdauernde Geltung des betreffenden Rechtszustandes in der Kompilation jedenfalls zweifelhaft erscheinen lässt und somit eine diesbezügliche Erörterung verlangt.

Erste Abteilung.
Vorjustinianisches Recht.

I. Formelles Noterbenrecht.

§ 2.
Anordnung der Darstellung.

Es bedarf keiner Erläuterung, dass hier zunächst von dem fraglichen Einflusse der Adoption und dann von der Endigung derselben zu handeln ist. Am Schlusse dieses Abschnittes, als Anhang, soll die bonorum possessio edicto per alium commisso ihren Platz finden — eine Anordnung, welche durch die Thatsache gerechtfertigt wird, dass in diesem eigentümlichen Institute — wie wir sehen werden — ein Noterbenrecht im eigentlichen Sinne nicht erblickt werden kann.

§ 3.
a. Feststellung der bezüglichen quellenmässigen Vorschriften. Notwendigkeit einer Begründung derselben.

Dass der Adoptierte nach Civilrecht keinen Anspruch auf Institution oder Exheredation gegen seinen leiblichen Vater hatte, versteht sich nach den Grundsätzen dieses Rechts von selbst: unsere Frage beschränkt sich also darauf, ob der Adoptierte nach prätorischem Rechte zu den liberi seines leiblichen Vaters gehörte und demgemäss zur bonorum possessio gegen das Testament desselben berechtigt war.

Stellen wir vorerst auf Grund der Quellen den Thatbestand fest.

So sagt z. B. Ulpian fragm. XXVIII. 3: „Bonorum possessio contra tabulas liberis tam naturalibus, quam adoptivis datur, sed naturalibus quidem emancipatis: non tamen et illis, qui in adoptiva familia sunt“ — und derselbe Jurist modifiziert diesen Satz für zwei Fälle der Hingabe in Adoption,

indem er in l. 3 §§ 7 & 8 D. de bon. poss. c. t. 37. 4 (lib. XXXIX ad ed.) folgendes ausführt: „Si quis filio suo emancipato nepotem, quem ex eo retinuerat, dederit in adoptionem, nepos iste ad contra tabulas bonorum possessionem avi sui admittitur patre ejus ante defuncto, quia in ejus est familia, qui et ipse admitti potuit ad bonorum possessionem contra tabulas. Idemque est et si emancipatus filium, quem post emancipationem quaesierat, patri suo in adoptionem dederit et decesserit: nam et hic nepos iste ad bonorum possessionem patris sui admitti debet, quasi non sit in alia familia."

Wir sehen also, dass der Adoptierte nicht zur bon. poss. gegen das Testament seines leiblichen Vaters zugelassen wird, er müsste denn von diesem einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben sein.

Die erste Bestimmung gilt zweifellos für jeden Adoptierten, dagegen lassen uns die Quellen darüber in Zweifel, ob die letztere modifizierende Vorschrift auf den arrogatus anwendbar sei.

Wenn es nun schon die Beseitigung dieser Ungewissheit fordert, dass wir uns die Gründe obiger Sätze klar machen, so ist deren Erkenntnis doch auch noch besonders deshalb von grossem Werte, weil sie uns später zu der Einsicht verhelfen wird, dass der Satz: „adoptio tamdiu nocet quamdiu durat" in der vorjustinianischen Zeit eine durchaus andere Bedeutung gehabt, als dies in der Justinianischen Kompilation der Fall — ein Unterschied, der für die richtige Lösung der Aufgabe von der grössten Wichtigkeit ist.

§ 4.

b. Grund für die schädliche Adoptionswirkung.

Unter den Gründen, die man für die Ausschliessung des Adoptivkindes von der bon. poss. gegen das Testament seines

leiblichen Vaters angegeben hat, erscheint wohl als der geringste die von Büchel[1]) hervorgehobene Schwierigkeit bei der Kollation, zu welcher der Adoptivvater durch die seitens des Adoptivkindes erfolgende Agnition der bon. poss. den sui des leiblichen Vaters gegenüber verpflichtet wurde.

Dass um dieses Missstandes willen der Prätor dem Adoptierten ein so gewichtiges Recht hätte versagen wollen, ist nicht wohl denkbar und auch durch nichts bewiesen. Mit Recht erhebt Schönberg[2]) dagegen den Einwand, dass diese Schwierigkeit doch auch in jenen Fällen vorgelegen habe, in welchen der Adoption die in Rede stehende Wirkung entzogen war.

Ferner machen Manche[3]) den Umstand geltend, dass der Adoptierte die Erbschaft nur für seinen Gewalthaber hätte erwarten können, also selbst keinen Vorteil von der bon. poss. gehabt hätte.

Wir wollen nicht leugnen, dass auch diese Thatsache dem Prätor bei Erlass der in Rede stehenden Bestimmung vorgeschwebt, aber ein wirklicher Grund hierzu kann darin schon um deswillen nicht gefunden werden, weil dem Adoptivkinde sicherlich in den meisten Fällen der Erbschaftserwerb später bei der Beerbung seines Adoptivvaters zu Nutzen gekommen wäre.

Schönberg — er hauptsächlich vertritt die hier zurückgewiesene Ansicht — beruft sich für dieselbe auf l. 3 § 6 D. de bon. poss. c. t. 37. 4 (Ulpianus lib. XXXIX ad ed.): „Si emancipatus filius praeteritus ante petitam bonorum possessionem adrogandum se dederit, amittit contra tabulas

[1]) Streitfragen aus der Novelle 118, S. 22.

[2]) De adoptione qualis apud Romanos fuerit, pag. 67, nota 105.

[3]) Büchel, a. a. O., S. 21; Arndts, im Rechtslex. V., S. 687; Francke, das Recht der Noterben und Pflichtteilsberechtigten, S. 124; Schönberg, a. a. O., pag. 66.

bonorum possessionem.“ Doch wenn diese Anordnung wirklich nur der Absicht entsprungen war, die bona patris naturalis nicht in eine aliena familia gelangen zu lassen, und wenn ferner eine solche Absicht, wie es Schönberg darstellt, mit Notwendigkeit aus dem Kognationsprinzipe hervorgehen musste, warum hat die Gesetzgebung der späteren Kaiser, die doch das Kognationsprinzip mehr und mehr in den Vordergrund drängte, dasselbe nicht vor einer sehr nahe liegenden Handlung in fraudem legis geschützt? Warum hat sie nicht den filius emancipatus, der sich nach der Agnition der bon. poss. (wenigstens innerhalb gewisser Zeit) hatte arrogieren lassen, des durch den Erbschaftserwerb erlangten Vermögens, soweit er es noch besass, zu Gunsten der übrigen Erben für verlustig erklärt, ähnlich wie sie dem parens binubus wohlerworbene Rechte abgesprochen? Auch könnte in l. 9 D. si tabulae testamenti nullae 38. 6 Paulus (lib. XI resp.) nicht wohl sagen: „Si postea, quam filius emancipatus bonorum possessionem patris petit, statum suum mutavit, nihil obesse ei, quo minus id quod adquisiit retineat“ — wenn durch das „retineat“ die ratio, welche den Ausschluss des Adoptierten von dem Kindeserbrechte gegen seinen leiblichen Vater rechtfertigte, irgendwie verletzt worden wäre. Im Gegenteil, das „nihil obesse“ dürfte, wenn man sich Paulus vom Standpunkte des Prätors aus redend denkt, darauf hinweisen, dass bei einer Statusänderung nach der Agnition der bon. poss. die Realisierung eines prätorischen Gedankens nicht wieder rückgängig gemacht zu werden brauchte, der im Falle einer Statusänderung vor der Agnition der bon. poss. nicht zur Ausführung gelangen konnte.

In Übereinstimmung hiermit werden wir zeigen, dass es nicht die Durchführung des Kognationsprinzips, sondern der Widerstand des Agnationsprinzips war, welcher den Prätor daran hinderte, die adoptivi gleich den emancipati als sui zu fingieren.

Wohl die Meisten[4]) erblicken das Hindernis in der Unnatur eines doppelten Kindesverhältnisses; es wäre ferner denkbar, dass die aliena familia an sich dem Prätor einen unüberwindlichen Widerstand in den Weg gelegt hätte: gegen beide Annahmen spricht l. 14 § 1 D. de bon. poss. c. t. 37. 4, wo wir bei Africanus (lib. IV. quaest.) folgendes lesen: .... „item si filius emancipatus sublato filio et emancipato adrogandum se dederit et mortuo adoptivo patre decesserit, et contra patris et contra avi tabulas ex decreto hunc admitti minime dubitari debere, ne alioquin ab omnium bonis excluderetur.“

Hier wird also dem Enkel sowohl gegen das Testament seines Vaters, als gegen das seines Grossvaters bon. poss. gewährt, allerdings nicht schlechthin, sondern nur ex decreto, war es doch auch ganz naturgemäss, dass Africanus an der aliena familia des Vaters und dem doppelten Kindesverhältnisse[5]) Anstoss nahm, allein dies ändert nichts an der

[4]) Büchel, a. a. O. S. 21; Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Kommentar XXXV, S. 75; Schmidt, das formelle Recht der Noterben, S. 78; v. Löhr, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III., S. 401 Note 2; S. 402 Note 1, und namentlich S. 404; Arndts, a. a. O., S. 688.

[5]) a) Mühlenbruch, a. a. O., XXXVII., S. 63 und 64, sowie Förster, de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum, pag. 156 nota 26, beziehen das „ex decreto“, soweit es die bon. poss. des Enkels gegen das Testament seines Grossvaters betrifft, auf den Umstand, dass der Vater noch am Leben gewesen, also dem Enkel vorgegangen sei. Allein sollte das Recht in einen solchen Widerspruch mit sich selbst getreten sein, dass es Jemandem, dem es wegen der Adoption ein Erbrecht genommen, dasselbe durante adoptione wenigstens mit negativer und relativer Wirkung wieder zukommen liess? Der ganze Irrtum tritt bei den Worten Förster's zu Tage:... „quia filius in adoptiva familia constitutus aliquo casu ipse ad eam (sc. bon. poss.) pervenire posset“ — als ob es dem Sohne gar nichts geschadet, dass er sich zur Zeit der Delation dem Erblasser gegenüber in aliena adoptiva familia befand, oder als ob Förster, vergessend, dass es sich um die bon. poss. c. t. handelt, an ein eventuelles Vorgehen in der Klasse unde cognati gedacht! Dass l. 25 § 1 D. de legat, praest. 37, 5 Mühlenbruch und Förster nicht im geringsten unterstützt.

Thatsache, dass er hier die bon. poss. anerkannt; auch sind wahrscheinlich die Skrupel, wie sie Africanus über jene

---

wird sich später zeigen, gelegentlich der Besprechung der bon. poss. ed. per al. com.

Die von Förster und Mühlenbruch vertretene Ansicht wird übrigens durch unsere Stelle selbst widerlegt. Wie nämlich die Worte: „et contra patris et contra avi tabulas . . hunc admitti debere“ deutlich zeigen, erscheint im Sinne des Africanus die Zulassung zur bon. poss. gegen das Testament des Grossvaters als eine notwendige Folge der Zulassung zur bon. poss. gegen das Testament des Vaters; diese Auffassung aber hätte Africanus nicht haben können, wenn er nicht das Descendenzverhältnis zwischen Grossvater und Enkel trotz der Existenz des Vaters als ein direktes angesehen. Sein Gedankengang, soweit er hier in Betracht kommt, war offenbar der: „Wird das Verhältnis zwischem dem Sohne und dem in adoptiva familia befindlichen Vater als Kindesverhältnis erbrechtlich anerkannt, so muss das bei dem Descendenzverhältnisse zwischen Enkel und Grossvater, welches durch die Arrogation des Vaters zu einem unmittelbaren geworden, umsomehr der Fall sein, weil hier keine aliena familia im Wege steht.“

Zur Hervorhebung des Unterschiedes der unsrigen von der hier zurückgewiesenen Auffassung sei noch bemerkt, dass auch wir den Vater, aber nur mit Rücksicht darauf, dass er erbrechtlich anerkannt ist, für das halten, was dem Africanus das Kindeserbrecht gegenüber dem Grossvater absonderlich erscheinen liess.

b) v. Löhr, im Magazin für Philosophie und Geschichte des Rechts II., S. 443, und mit ihm Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts I., § 7 Note 23, führen das Erfordernis des Dekrets in der fraglichen Beziehung auf die Thatsache zurück, dass hier der nepos — genau genommen — kein emancipatus des avus sei. Allein dagegen l. 5 § 1 D. si tabulae testamenti nullae 38. 6, wo Pomponius, der doch ein Zeitgenosse des Africanus und Anhänger der gleichen (Sabinianischen) Schule (lib. IV. ad Sab.), den Satz ausspricht: . . „quin etiam hi quoque, qui in potestate numquam fuerunt nec sui heredis locum optinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentium.“ Das „vocantur“ dürfte den Einwand zurückweisen, dass Pomponius das Dekret als selbstverständlich nicht erwähnt habe.

c) Wenn endlich Schmidt a. a. O., S. 77 Note 40 die Erklärung gibt: dass „die Jurisprudenz da bedenklich war, wo es galt, nicht blos eine capitis deminutio, sondern deren zwei zu beseitigen“, so ist das — wofern er nur an die doppelte cap. dem. denkt — doch ein rein äusserliches Argument, denn das Hemmnis der cap. dem. war vom Prätor grundsätzlich beiseite geschafft.

Absonderlichkeiten empfand, bei den Juristen, die ein halbes Jahrhundert später wirkten, nicht mehr vorhanden gewesen. [6])

Warum ist nun das prätorische Recht nicht dazu gekommen, gleichfalls bei dem Adoptivkinde über die Alienität der Familie und die Duplizität des Kindesverhältnisses hinwegzusehen?

Bei der Beantwortung dieser Frage stützen sich Viele in der Art auf l. 17 D. de bon. poss. c. t. 37, 4 [7]), dass sie in den Worten: „nullum patrem filio adsignat" das „patrem adsignare" lediglich von der Anweisung eines neuen descendentischen Erbverhältnisses verstehen und dann behaupten, bezüglich des in Adoption gegebenen Kindes könne man von dessen leiblichem Vater aus dem Grunde nicht sagen: „nullum patrem filio adsignat," weil hier das Kind durch die Adoption mit seinen Erbansprüchen an einen andern Vater verwiesen werde. Aber, so ausgelegt, leistet die gedachte Stelle keineswegs den gewünschten Dienst, denn auch in dem von Africanus behandelten Falle wird der Enkel durch die Arrogation seines Vaters in ein direktes descendentisches Erbverhältnis zu seinem Grossvater gebracht.

---

[6]) L. 6 § 4 D. de bon. poss. c. t. 37. 4 (Paulus lib. XXXXI ad ed.): .... „plane si is, qui apud adoptivum avum procreatus est, emancipatus sit, veniet ad bonorum possessionem avi naturalis." Ferner l. 17 eod. (Ulpianus lib. XXXV ad Sab.): „Si pater se dederit in adoptionem nec sequatur eum filius emancipatus ab eo antea factus, quia in alia familia sit pater, in alia filius, bonorum possessionem contra tabulas non potest filius eius habere: et ita Julianus scripsit. Marcellus autem ait, iniquum sibi videri excludi eos a bonorum possessione, cum pater se dedit in adoptionem: ubi enim filius non datur in adoptionem, at pater se dat, nullum patrem filio adsignat: quae sententia non est sine ratione." Der Ansicht von Schmidt (a. a. O., S. 78/79, Note 43), dass man aus der Nichterwähnung des „ex decreto" in der letztern Stelle nichts folgern dürfe, steht die Zeitdifferenz zwischen Africanus einerseits und Ulpianus wie Marcellus andererseits entgegen. — Vgl. Mühlenbruch XXXVII., S. 56.

[7]) Siehe die vorhergehende Note.

Wenn ferner Schmidt[8]) hervorhebt, dass in dem Beispiele des Africanus das „Festhalten an diesem Prinzipe", worunter wahrscheinlich die Abneigung gegen die Anerkennung kindeserbrechtlicher Beziehungen zwischen alienae familiae zu vermuten ist, dem Kinde seine Erbansprüche gänzlich hätte entziehen können, so ging doch ebenso das in Adoption gegebene Kind jeglichen Kindeserbrechtes verlustig, wenn es nach dem Tode seines leiblichen Vaters von dem Adoptivvater emanzipiert wurde, und um die Parallele zwischen beiden Fällen zu rechtfertigen, möchten wir darauf hinweisen, dass auch in dem ersteren das in Rede stehende Missverhältnis nur unter der Voraussetzung eines Todesfalles, nämlich des vor der Arrogation des Vaters erfolgten Todes des Grossvaters denkbar gewesen wäre.

Dass besagter Missstand den Prätor dazu brachte, seine Hülfe einem Kinde zu gewähren, dessen leiblicher Vater sich diesem gegenüber in aliena familia befand, und dass darum die Worte des Africanus: „ne alioquin ab omnium bonis excluderetur" völlig an ihrem Platze sind, das kann Niemand leugnen; dagegen ist es unmöglich, in diesem Missstande den Grund für die Verschiedenheit zwischen der Behandlung eines solchen Kindes und derjenigen eines adoptierten zu finden. Vielmehr muss bei dem Adoptivkinde ein Hemmnis vorgelegen haben, dem gegenüber sich jenes Bestreben des Prätors machtlos erwies, und dieses Hemmnis war allerdings die Anweisung eines neuen Vaters, aber eines pater familias im altrömischen Sinne, d. h. eines agnatischen Vaters. Den Widerstand der aliena familia an sich hatte das Kognationsprinzip bereits überwunden, auch die Duplizität des Kindesverhältnisses machte keine Schwierigkeiten mehr[9]), aber dazu stand dem

---

[8]) A. a. O. S. 78.

[9]) In dieser Beziehung möchten wir noch auf l. 4 § 1 D. quis ordo in poss. serv. 38. 15 (Julianus lib. XXVIII dig.) aufmerksam machen:

Prätor die alte agnatische Familie zu heilig da, als dass er es gewagt hätte, bei einer Konkurrenz von agnatischer und kognatischer Descendenz die erstere der letzteren gleichzustellen; selbst die schlimme Lage, in die das Adoptivkind durch diese Beugung vor dem Agnationsprinzipe gelangen konnte, war ihm nichts gegen eine so offene Missachtung des agnatischen Familienbandes. Dasselbe schien dem Prätor auch dann noch überwiegend, wenn es erst existent geworden, nachdem das rein kognatische Kindesverhältnis bereits in erbrechtlicher Beziehung zu wirken begonnen, und so erklärt sich die citierte l. 3 § 6 D. de bon. poss. c. t. 37. 4.[10])

Freilich konnte sich der Prätor über dieses Hemmnis damit trösten, dass, wofern der Adoptivvater den leiblichen Vater überlebte, eine radicale Durchführung des Kognationsprinzips dem Adoptierten doch keinen unmittelbaren Nutzen gebracht hätte, da ja die Erbschaft seinem Gewalthaber zugekommen wäre, und in diesem Sinne — das soll durchaus nicht bestritten werden — hat auch wohl die letzterwähnte Thatsache für den Ausschluss des Adoptierten von der kindeserbrechtlichen Succession in das Vermögen seines leiblichen Vaters ihre Bedeutung gehabt.

§ 5.

c. Grund für das bezüglich der Hingabe in Adoption an einen väterlichen Ascendenten geltende Recht; Stellung der adoptio per arrogationem zu diesem Rechte.

So unheilbar nun auch aus dem oben dargelegten Grunde die missliche Lage des Adoptierten erschien, so gab es doch

„Filius non solum si tamquam filius sed et si tamquam agnatus vel tamquam cognatus ad bonorum possessionem vocatur, annuum spatium habet“... Danach kam jedenfalls der Adoptierte insofern, als ihm die descendentische Agnitionsfrist zustand, seinem leiblichen Vater gegenüber als dessen Kind in Betracht.

Vgl. Schirmer a. a. O., I. § 11, Note 25 (S. 207).

Mayer, die Lehre von dem Erbrechte nach dem heutigen Römischen Rechte, § 82, Note 6, lit. a (S. 197).

[10]) S. S. 4.

zwei Fälle, in denen sich die erwähnte Schwierigkeit überwinden liess und auch thatsächlich überwunden wurde.

Seitdem man nämlich den emancipatus, um ihm das Kindeserbrecht gegen seinen leiblichen Vater zu verschaffen, als dessen suus fingiert, lag es gewiss nahe, die familia des emancipatus und die des emancipator im Verhältnisse zu einander als non alienae zu bezeichnen: konnte es nun Wunder nehmen, wenn man in konsequenter Ausbeutung jener Fiktion die Kinder, die durch Hingabe in Adoption von der einen in die andere familia übergetreten waren, wie die emancipati den sui der ersteren gleichstellte, wenn man also dem Sohne, der aus der Gewalt seines emanzipierten Vaters in die Gewalt seines Grossvaters, und dem Enkel, der aus der Gewalt seines Grossvaters in die Gewalt seines emanzipierten Vaters gekommen,[11]) das Kindeserbrecht gegen seinen Vater bezw. seinen Grossvater nach dem Tode des Vaters[12]) nicht versagte? Es war diese scheinbare Eigentümlichkeit nicht etwa eine anomale Anwendung des Kognationsprinzips, sondern lediglich eine derartig beschränkte Anwendung dieses Prinzips, wie sie in der bon. poss. u. lib. hervortrat, und widersprach deshalb, im Grunde genommen, gar nicht dem Satze: „adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia est", wie Mühlenbruch[13]) meint, denn wir haben ja nunmehr gezeigt, dass in den beiden vorliegenden Fällen die familia im Sinne des prätorischen Rechts keine aliena war. Anomal erscheinen diese Fälle nur vom Standpunkte des Civilrechts aus, von dem aus sich überhaupt das

---

[11]) L. 3 §§ 7 und 8 D. de bon. poss. c. t. 37. 4 (s. S. 3).

[12]) Die auf der clausula Juliani de conjungendis cum emancipato liberis eius beruhenden Erbansprüche des Enkels, deren Grund doch zweifellos lediglich in der agnatischen Verbindung des letzteren mit dem Grossvater zu suchen, gingen natürlich wie durch Emanzipation so auch durch Adoption des Enkels verloren.

[13]) A. a. O., XXXV., S. 170.

ganze prätorische Recht, soweit es corrigendi iuris civilis funktionierte, als anomal darstellt.[14])

Wenngleich aber in beiden erwähnten Fällen die Zulassung zur Kindeserbfolge auf der gleichen Fiktion der quasi non aliena familia beruht, so unterscheiden sie sich doch insofern wesentlich von einander, als in dem einen, wo der Grossvater den Enkel von seinem Vater hat adoptieren lassen, durch die Adoption kein von dem natürlichen verschiedenes Kindesverhältnis entstehen kann.

In Berücksichtigung dieser Thatsache hat man, wie uns Papinian in l. 23 pr. D. de liberis et postumis 28. 2 (lib. XII quaest.)[15]) belehrt, den Grundsatz aufgestellt, dass in einem solchen Falle das natürliche Verhältnis überwiegen

[14]) Rechtfertigt schon der Umstand, dass hier durch Deduktion aus der im vorigen Paragraphen aufgestellten Behauptung die Annahme einer Singularität vermieden wird, einen Rückschluss auf die Richtigkeit jener Behauptung, so liefert das, was von der Hingabe in Adoption an einen väterlichen Ascendenten gilt, in dieser Beziehung doch auch noch in anderer Art Beweis, indem hierbei nämlich wieder einmal deutlich hervortritt, wie es keineswegs die unnatürliche Doppelstellung des Adoptierten sein konnte, die den Prätor veranlasste, ihm die bon. poss. gegen das Testament seines leiblichen Vaters zu verweigern. Denn abgesehen von dem Falle, in welchem durch die Adoption kein Verwandtschaftsverhältnis entsteht — vgl. den folgenden Text — sehen wir hier, dass für das prätorische Recht die Duplizität zweier unmittelbarer Ascendenten selbst durch die dem einen derselben zustehende väterliche Gewalt keineswegs zu einer Monstrosität wurde.

Das, was sich in den übrigen Fällen der Anerkennung des natürlichen Kindesverhältnisses entgegensetzte, war nicht die durch die Adoption begründete Descendenz oder väterliche Gewalt, sondern das Hindernis lag vielmehr in der eigentümlichen Sanktion, die das ius civile der väterlichen Gewalt verliehen, kurz in dem ius civile selbst, welches noch immer Macht genug besass, um bei einem derartigen Zusammentreffen von agnatischer und kognatischer Descendenz die letztere neben der ersteren nur dann zuzulassen, wenn sie mit Grund als quasi-agnatische fingiert werden konnte.

[15]) ... „nam in omni fere iure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur“ ...

solle, kurz, dass Niemand Adoptivkind seines leiblichen Vaters sei.[16]) Die praktische Bedeutung dieses Grundsatzes liegt darin, dass eine doppelte Beerbung des Vaters durch sein leibliches, von ihm adoptiertes Kind nicht möglich ist.

Gilt nun aber die Bestimmung bezüglich der datio in adoptionem an einem väterlichen Ascendenten auch für die adoptio per arrogationem seitens eines väterlichen Ascendenten?

Wie schon erwähnt, lassen uns die Quellen hierüber im Ungewissen: wir haben also zu untersuchen, ob die Regel: „ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio" hier zur Anwendung kommen kann. Sehr einfach liegt die Sache, wenn durch die Arrogation aus dem oben angeführten Grunde kein Descendenzverhältnis entsteht: es ist dann für den Adoptierten die Verdoppelung seines Kindeserbrechts ebenso ausgeschlossen, wie die erbrechtliche Lostrennung von seinen etwaigen mittelbaren väterlichen Ascendenten, letzteres deshalb, weil es so gehalten werden muss, als wäre das von seinem leiblichen Vater arrogierte Kind von jeher in dessen Gewalt gewesen.[17])

Danach beantwortet sich von selbst im bejahenden Sinne die Frage, die Büchel[18]) mit folgenden Worten stellt: „Kam ferner der bei der Emanzipation seines Vaters in der Gewalt des Grossvaters zurückbehaltene, hierauf aber gleichfalls emanzipierte Enkel, wenn er sich von seinem Vater arrogieren liess, noch im Falle sein Vater vor dem Grossvater verstarb, zur bon. poss. c. t. und u. lib. des letzteren, wie wenn er erst nach der Emanzipation seines Vaters wäre gezeugt worden?"

---

[16]) Glück, Intestaterbfolge, S. 58 und 59; Schmitt, die Lehre von der Adoption, § 39, S. 67.

[17]) S. Note 15.

[18]) A. a. O., S. 24 und 25.

Anders dagegen liegt es, wenn die hier angedeutete Kombination nicht vorhanden, wenn also z. B. der von seinem Vater emanzipierte Sohn seitens seines Grossvaters adoptiert worden ist.

Für diesen Fall wollen Viele[19]) dasselbe in Anwendung gebracht wissen, was unter der gleichen Voraussetzung für den in adoptionem datus gilt. Sie haben Recht, wenn wirklich nur allein die Durchführung des Kognationsprinzips die günstige Stellung desjenigen, der einen väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, verursacht hat.

Büchel[20]) verweist uns auf den richtigen Weg, wenn er sagt: „Indessen tritt hier, selbst wenn man die bemerkte Interpretation nicht als eine Rechtssingularität betrachten will, deren Anwendung auf den arrogatus immer der Umstand entgegen, dass derselbe sich seines prätorischen Erbrechtes in Beziehung auf den ihn emanzipiert habenden früheren leiblichen Gewalthaber freiwillig begeben hatte“, ... doch ist freilich in dieser Form sein Gedanke nicht vor dem Einwande geschützt, welchen Schönberg[21]) gegen ihn erhebt, dass die von Büchel erwähnte Thatsache zwar sehr wohl dem Prätor Anlass zu einer singulären Verordnung hätte geben können, dass aber eine solche Singularität unter keinen Umständen stillschweigend vorgenommen werden dürfe.

Dieser Einwand möchte vielleicht durch folgende Erwägung unschädlich werden.

Allerdings hatte der Prätor mit dem ius edicendi die Aufgabe erhalten, die freieren Grundsätze des ius gentium den streng nationalen Anschauungen des ius civile gegenüber

---

[19]) Förster, a. a. O., pag. 192/93; Schönberg, a. a. O., pag. 70; Schirmer, a. a. O., § 11, Note 5 (S. 196); Mayer, a. a. O., § 61, Note 8, lit. c. (S. 159).

[20]) A. a. O., S. 25.

[21]) A. a. O., pag. 70.

zur Geltung zu bringen und so auch im Erbrechte das Kognationsprinzip dem Agnationsprinzipe entgegenzusetzen, aber gemäss den Anforderungen, die das Verkehrsleben an ihn stellte, musste er dabei praktisch verfahren und konnte sich nicht dazu herbeilassen, nur einem Prinzipe zu Liebe neue Rechtsregeln aufzustellen.

Sehen wir demnach zu, ob nicht etwa bei jener so konsequenten Weiterbildung des gegebenen Rechts ein wichtiges, praktisches Moment mitgewirkt hat, welches die besondere Lage des in adoptionem datus darbot — eine Vermutung, die durch die bereits citierten Worte des Africanus: „ne alioquin ab omnium bonis excluderetur“ sehr erleichtert wird.

So schlimm allerdings, dass die Adoption den Verlust jeglichen Kindeserbrechts hätte verschulden können, war es nun gerade mit demjenigen, der einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, nicht bestellt, denn auch bei rein buchstäblicher Anwendung des Satzes: „adoptio tamdiu nocet quamdiu durat“ hätte er doch im Falle der Emanzipation nach dem Tode seines bisherigen unmittelbaren leiblichen väterlichen Ascendenten ohne rite erfolgte Exheredation seitens seines früheren Adoptivvaters bezw. seines sonstigen unmittelbaren väterlichen Ascendenten die bezüglichen Erbansprüche nicht verlieren können.

Aber die Möglichkeit einer Armut des Adoptivvaters und der Umstand, dass zur Hingabe in Adoption ausdrückliche Einwilligung des Kindes nicht erforderlich, dass also infolge dessen das Kind, wenn es noch jung, durch Benutzung seiner Unerfahrenheit, vielleicht gar durch Täuschung über die vermögensrechtlichen Verhältnisse seines künftigen Adoptivvaters von seinem bisherigen Gewalthaber aller Gerechtigkeit zuwider benachteiligt werden konnte, das genügte doch gerade, um dem Prätor hier die mögliche Anwendung des Kognationsprinzips zur Pflicht zu machen.

Anders dagegen verhält es sich beim arrogatus. Dieser hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er in erbrechtlicher Beziehung seine Lage verschlechtert; dazu kommt, dass die Arrogation an weit schwerere Voraussetzungen geknüpft ist, als die Hingabe der Adoption.

Wir nehmen also wohl mit Recht an, dass das Kognationsprinzip nur in Verbindung mit der besonderen, auf den Schutz des in adoptionem datus gerichteten Tendenz die fragliche Erbberechtigung hervorgebracht hat, und müssen demgemäss dieselbe mit Büchel[22]) dem arrogatus versagen.

Wie aber, wenn etwa ein arrogatus einem seiner leiblichen Ascendenten von dem Arrogator in Adoption gegeben wurde? Wirkte auch dann noch die Arrogation schädlich fort? Wir werden diese Frage wohl zu verneinen haben, in Anbetracht dessen, dass hier eine Benachteiligung des arrogatus ohne seinen Willen wieder ganz gut möglich, der Prätor also Grund hatte, auch einem solchen in adoptionem datus seine Hilfe zu gewähren.

§ 6.

d. Endigung der schädlichen Adoptionswirkung.

Nach Auflösung des agnatischen Bandes zwischen dem Adoptierten und dem Adoptivvater trat Ersterer zu seinem leiblichen Vater in dasselbe Verhältnis, als wäre er von diesem emanzipiert worden, erhielt also wieder volles Kindeserbrecht gegen denselben. So heisst es bei Gaius J. II. 137: „Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, si vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.“

---

[22]) A. a. O., S. 25.

Ob die Zerstörung der Suität in der vorjustinianischen Zeit noch durch andere Thatsachen erfolgen konnte als durch Emanzipation,[23]) das zu untersuchen würde zu weit führen; jedenfalls steht soviel fest, dass der Tod des Adoptivvaters von jeher die Wirkungen der Adoption nicht aufgehoben hat, wie dies z. B. aus l. 9 D. de bon. poss. c. t. 37. 4. (Gaius lib. XIV. ad ed. prov.) hervorgeht: „Utrum autem pater adoptivus vivit an defunctus est, nihil interest: nam hoc solum quaeritur, an in adoptiva familia sit".

Sollte der Adoptierte aber seinem leiblichen Vater gegenüber wieder kindeserbberechtigt werden, so musste er zur Zeit, wo dieser verstarb, aus der Gewalt seines Adoptivvaters geschieden sein, selbstverständlich dann, wenn nur eine Delation ab intestato eintrat, aber — bei einer etwas genaueren Betrachtung — auch dann, wenn die Erbschaft zuerst ex testamento und darauf ab intestato deferiert wurde, denn, wie Schirmer[24]) richtig bemerkt, „es ist nicht möglich, zu dem Verstorbenen in ein Verhältnis zurückzutreten, welches wie die Suität und die Qualität der liberi bedingt ist durch den Bestand einer patria potestas, unter der oder ausserhalb deren Jemand lebt".

Danach erscheint es als durchaus unzutreffend, wenn im § 10 I. de heredit. quae ab intest. 3. 1 diese Notwendigkeit damit begründet ist: ... „quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos eius an ad agnatos".[25])

§ 7.
Anhang:
Berechtigung des Adoptierten zur bonorum possessio edicto per alium commisso.

Wenn hier der Fall, wo ein eingesetztes Adoptivkind ed. per al. com. die bon. poss. gegen das Testament seines

[23]) Vgl. Schmidt a. a. O., S. 75.
[24]) A. a. O., I. § 11.
[25]) Schönberg, a. a. O., § 73.

leiblichen Vaters agnoscieren konnte, nur anhangsweise behandelt wird, so geschieht dies — wie bereits angedeutet — deshalb, weil diese Befugnis unter keinen Umständen für den Ausfluss eines selbständigen Rechtes, d. h. eines Noterbenrechtes im eigentlichen Sinne gehalten werden darf. Dies müssen selbst diejenigen zugestehen, die die bon. poss. c. t. als testamentarische Erbfolge auffassen, denn unmöglich können sie doch eine reine Berufung ex testamento darin finden, sondern nur, — um die Worte eines Hauptvertreters dieser Meinung, nämlich von Bluntschli,[26]) zu gebrauchen — eine testamentarische Succession, „die ihrem Inhalte nach einen Teil der Intestaterbfolge in sich aufgenommen."

Die ratio jenes eigentümlichen Institutes kommt natürlich für uns nur mit besonderer Beziehung auf die diesbezügliche Berechtigung des Adoptierten in Betracht; auf diese Frage aber gibt uns Ulpian hinreichende Antwort, wenn er in l. 8 § 11 D. de bon. poss. c. t. 37.4 (l. lib. XXXI ad ed.) folgendes sagt: „In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint; et hoc iustissime eum fecisse, Labeo ait: nec enim im totum extranei sunt", nämlich deshalb nicht, weil sie sowohl durch ihre nahe Blutsverwandschaft, als auch durch den letzten Willen des Erblassers mit diesem verbunden sind. Die billige Berücksichtigung dieser Thatsachen hat also hier contra rationem iuris die Adoptierten den liberi gleichgestellt.[27])

Der Grund, den Schröder[28]) beibringt, dass es nicht hätte befremden können, wenn man die Fiktion der Suität auch auf die Adoptierten ausgedehnt, da man sie doch einmal

---

[26]) Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach Römischem Recht mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115, S. 145.

[27]) Francke, a. a. O., S. 137; ferner Schönberg, pag. 69; Schmidt a. a. O., S. 93.

[28]) Das Noterbenrecht, I., S. 164.

auf die Emanzipierten angewandt, widerlegt sich nach Allem was in den vorigen §§ gesagt, von selbst. Die l. 8 § 14 D. de bon. poss. c. t. 37. 4,[29]) auf die sich Schröder stützt, enthält doch, wie es Francke[30]) richtig darstellt, nichts weiter als eine Rechnungsregel.

Dass der Adoptierte hinsichtlich der Erbschaft seines leiblichen Grossvaters väterlicherseits dieses Benefiziums dann nicht teilhaftig wurde, wenn sein leiblicher Vater im Moment der Delation noch lebte, hat nichts Absonderliches, selbst dann nicht, wenn Letzterer sich in diesem Moment in adoptiva familia befand, denn der Prätor berücksichtigte den Willen des Erblassers nur insofern, als der eingesetzte adoptatus wirklich dessen nächster descendentischer cognatus war, — zu den liberi gehörte er ja keinesweges — und diese Eigenschaft wurde ihm natürlich durch die Existenz seines Vaters genommen.[31])

Schliesslich ist noch ein Streit zu erwähnen: ob dies eigentümliche Recht auch dem arrogatus zustehe? Förster[32]) hat denselben von dieser Berechtigung ausschliessen wollen, weil in den Quellen nur von dem in adoptionem datus die Rede sei. Dem hält Francke[33]) mit Recht die l. 10 D. pr.

---

[29]) (Ulpianus lib. XXXX ad ed.) . . . „praetori enim propositum est, cum contra tabulas bon. poss. dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset: et ideo sive emancipatus sive is qui in potestate mansit sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit.“

[30]) A. a. O., S. 142.

[31]) So erklärt sich l. 25 § 1 D. de legat. praest. 37. 5 (Marcianus lib. IX dig.): „Is, cuius filius in adoptione erat, nepotem, quem filius postea procreaverat, scripsit heredem, emancipatum filium praeteriit: num habet nepos ex edicto bon. poss.? tuendus tamen exemplo parentum et liberorum, quibus legata praestare coguntur, qui bon. poss. c. t. acceperunt.“

[32]) A. a. O., pag. 187.

[33]) A. a. O., S. 139.

de bon. poss. c. t. 37, 4 (Ulpianus lib. XXXX ad ed.) entgegen: „Si post mortem testatoris heres institutus filius in adoptionem se dederit, bonorum possessionem contra tabulas accipere potest, quia scriptis heredibus instituti (s?) non solet nocere adoptio."

Förster[34]) scheint hier ganz übersehen zu haben, dass in dem Kondizionalsatze gerade von der Arrogation die Rede, und dass infolge dessen das Wort „adoptio" in seiner allgemeinsten Bedeutung gefasst werden muss.

II. Materielles Noterbenrecht.

§ 8.

Anordnung der Darstellung.

Das einzige Quellenzeugnis, welches uns die Frage beantworten könnte, wie es in der vorjustinianischen Zeit mit dem materiellen Noterbenrechte des Adoptierten gegen seinen leiblichen Vater gestanden, stammt von Justinian und ist enthalten in l. 10 pr. C. de adoptionibus 8. 47. Hier führt er aus, dass Papinian, Paulus und Marcian darüber gestritten hätten, ob bezw. unter welchen Umständen derjenige, der von seinem leiblichen Vater einem Anderen in Adoption gegeben, mit Erfolg die Querel gegen das Testament des Letzteren anstellen könne; hinsichtlich des arrogatus und desjenigen, der von seinem Adoptivvater einem Anderen in Adoption gegeben, erwähnt er — was das ältere Recht anbelangt — gar nichts, sondern sagt nur in Bezug auf den Ersteren am Schluss der l. 10 C. cit., dass es für diesen beim alten Rechte sein Bewenden haben solle.

Nun haben es manche Juristen für zwecklos erachtet, sich auf eine Untersuchung jenes Streites einzulassen, weil

---

[34]) A. a. O., pag. 187.

Justinian bei der Erwähnung desselben doch nichts Bestimmtes vor Augen gehabt.[35])

Der Ansicht dieser Juristen können wir uns aus dreierlei Gründen nicht anschliessen: erstens ist es wohl nicht denkbar, dass Justinian, mag er auch noch so begierig nach oratoria lumina gewesen sein, die von ihm erwähnte dubitatio nur als ein leeres Wort gebraucht hat, wo er sich doch in der l. 10 C. cit. des Oefteren auf dieselbe bezieht; zweitens findet sich bei einer Untersuchung jener Meinungsverschiedenheit vielleicht etwas, was uns in Betreff des arrogatus auf den richtigen Weg weisen könnte — und dies ist von grösster Wichtigkeit, da ja für ihn das alte Recht in Geltung bleiben soll — drittens aber haben sich bereits unsere gemeinrechtlichen Juristen daran gemacht, dies Rätsel zu lösen und derartig von einander abweichende Resultate gefunden, dass, je nachdem bei der weiteren Untersuchung das eine oder das andere derselben in Betracht gezogen wird, die in dieser Arbeit behandelte Frage diese oder jene Beantwortung erfahren muss.

Gemäss dem, was oben gesagt, muss in diesem Abschnitte — abweichend von dem vorigen — die Adoption i. e. S. abgesondert von der Arrogation und zwar v o r dieser besprochen werden. Eine getrennte Behandlung der seitens eines pater naturalis und der seitens eines pater adoptivus erfolgten datio in adoptionem, wie man sie vielleicht auf Grund des Just. Berichts für gerechtfertigt halten könnte, ist deshalb nicht notwendig, weil — das wird aus der Darstellung hervorgehen — im Sinne des Papinian und Paulus diese Unterscheidung jedenfalls irrelevant war; die geringe Bedeutung aber, die sie wahrscheinlich für die Meinung

---

[35]) So u. A. Bluntschli a. a. O., S. 145: „Doch möchte ich nichts Bestimmtes behauptet haben, da man zugleich annehmen müsste, Justinian habe die eigentliche Bedeutung desselben nicht verstanden.“



Marcian's hatte, wird bei der richtigen Gelegenheit zur Sprache kommen. Eins, was beiden Arten der Adoption gemeinsam ist, bedarf der Sache nach in diesem Abschnitte einer Erörterung nicht: es betrifft die Endigung der Adoptionswirkung, hinsichtlich deren für das materielle Noterbenrecht natürlich das Gleiche gilt, wie für das formelle.

A. Stellung des in adoptionem datus zur querela inofficiosi testamenti.

§ 9.

a. Die verschiedenen Meinungen der Römischen Juristen — die verschiedenen Meinungen der modernen Juristen über die Kontroverse der ersteren.

Alles, was uns Justinian in l. 10. pr. C. cit. über den bereits angedeuteten Meinungsstreit sagt, ist folgendes: ..„in adoptivis filiis, qui filii familias constituti a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem, quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat" . . .

Ehe wir nun die erwähnten verschiedenen Meinungen des Papinian, Paulus und Marcian würdigen können, müssen wir wissen, von welchen thatsächlichen Voraussetzungen die genannten Juristen bei ihren Entscheidungen ausgingen. In dieser Beziehung lässt die Stelle selbst an Deutlichkeit viel zu wünschen übrig.

Daher haben sich denn auch in Bezug auf die Fälle, in denen die genannten Juristen die Querel in Frage zogen, zweierlei verschiedene Ansichten gebildet, die im folgenden näher zu betrachten sind.

Einige — und dazu gehören unter den Älteren Merillius[36]) und Glück,[37]) unter den Neueren namentlich Büchel,[38]) Francke,[39]) v. Vangerow[40]) und auch Mühlenbruch,[41]) welch Letzterer sich aber nur vermutungsweise ausspricht — beziehen den Streit auf die Fälle, wo das Adoptivkind in Ermangelung eines Testamentes in concreto intestaterbberechtigt gewesen wäre, doch unterscheidet sich Mühlenbruch von den vor ihm Genannten insofern, als er nur die Fälle berücksichtigen will, wo dem Adoptierten die bon. poss. u. lib. in Bezug auf die Erbschaft seines leiblichen Vaters zugestanden; Andere wiederum behaupten, die Römischen Juristen hätten darüber gestritten, ob der Adoptierte auch dann zur Querel gegen das Testament seines leiblichen Vaters berechtigt wäre, wenn er im gegebenen Falle nicht ab intest. hätte succedieren können. Diese Ansicht wird unter den Älteren von Schrader,[42]) unter den Neueren von Schröder[43]) und, wie es scheint, auch von Rosshirt[44]) vertreten, indem diese aber in der Art von einander abweichen, dass Schrader dem Adoptierten neben der Querel auch ein aussergewöhnliches Kindeserbrecht vindiziert, während Schröder und vermutlich auch Rosshirt die Pflichtteilsberechtigung des Adoptivkindes in diesem Falle lediglich auf seine leibliche Descendenz basieren.

Zur richtigen Beurteilung dieser verschiedenen Meinungen trägt vielleicht die citierte Stelle selbst etwas bei: sehen wir also zu, in wieweit sie die nächstliegende Frage beantwortet.

[36]) Observat. lib. III cap. XXXV, pag. 112.

[37]) Kommentar II, S. 366 ff.

[38]) A. a. O., S. 33 ff.

[39]) A. a. O., S. 183.

[40]) Pandekten II. § 474, Note 1.

[41]) A. a. O. XXXV, S. 170.

[42]) De nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti § 16, pag. 26.

[43]) A. a. O., S. 231 ff.

[44]) Einleitung in das Erbrecht, S. 398.

§ 10.

b. Ausscheidung der Fälle, die nach l. 10 pr. C. de adoptionibus 8. 47 nicht kontrovers waren.

Büchel[45]) hebt mit Recht hervor, dass in der l. 10 C. cit. nur von einem praeteritus die Rede sei: der exheredatus ist also von jener Kontroverse ausgeschlossen, selbstverständlich nur dort, wo die Exheredation notwendig, um eine bon. poss. des Adoptierten gegen das Testament seines leiblichen Vaters zu verhindern. Danach steht der in einer quasi non aliena familia befindliche Adoptierte ausserhalb des Streites. und das ist ganz natürlich, denn wie konnte ihm materielles Noterbenrecht versagt bleiben, wo er doch, wenn er präteriert war, formelles hatte?

Hierdurch widerlegt sich die Vermutung, die, wie bereits erwähnt, Mühlenbruch[46]) ausgesprochen, dass es sich gerade um diese datio in adoptionem gehandelt, eine Vermutung, zu der ihn seine unrichtige Auffassung von der Natur einer derartigen Adoption gebracht hat.

Wir haben demnach unsere Untersuchung auf diejenigen Adoptierten einzuschränken, denen bei günstigster Kombination der Verhältnisse die bon. poss. u. cogn. zustand. und haben zu prüfen, ob Papinian, Paulus und Marcian den Fall im Auge hatten, wo der Adoptierte ab intest. diese bon. poss. hätte agnoscieren können oder aber den Fall, wo ihm dieselbe wegen vorher berufener Erben versagt war. Dass nichts für die letztere, alles aber für die erstere Annahme spricht, soll in dem folgenden Paragraphen dargethan werden, in der Weise, dass zunächst die Meinung der Gegner widerlegt, und dann die hier vertretene begründet wird.

---

[45]) A. a. O., S. 33 und 34.
[46]) A. a. O. XXXV., S. 170.

§ 11.

c. Widerlegung der von Schrader vertretenen Meinung.

Schrader[47]) formuliert seine Ansicht in folgendem Satze: „Hac itaque de quaestione, utrum liberi qui per adoptionem in egenorum familiam transierant, cum patrum naturalium suis heredibus ad eorum successionem ab intestato et si praeteriti ab ipsis essent, querelam inofficiosi admitterentur, dissensisse videntur antiqui iuris consulti."

Abgesehen davon, dass Schrader mit seinen Worten die Marcianische Unterscheidung zwischen einem wohlhabenden und einem armen Adoptivvater auch in die Meinungen des Paulus und Papinian hineinträgt, ist seiner Ansicht schon deshalb entgegenzutreten, weil eine derartige anomale Intestaterbberechtigung — mag sie vom humanen Standpunkte aus noch so notwendig erscheinen — keineswegs, wie Schrader meint, durch eine analoge Anwendung dessen, was hinsichtlich der emancipati liberi galt, sondern nur durch ein Gesetz oder Gewohnheitsrecht hätte geschaffen werden können: von einem solchen aber ist in unseren Quellen keine Spur vorhanden.[48])

Übrigens scheint die Behauptung Schrader's viel mehr einer Vermutung als einer Überzeugung entsprungen zu sein, sonst hätte er es wohl nicht für nötig gehalten, den betreffenden Paragraphen damit zu schliessen, dass er die Unwahrscheinlichkeit seiner Ansicht mit der Unklarheit in Justinian's Erzählung zu entschuldigen sucht.

§ 12.

d. Widerlegung der von Schröder vertretenen Meinung.

Ein sehr gewichtiges Argument gegen die Schröder'sche Meinung bildet die von v. Vangerow[49]) hervorgehobene

[47]) A. a. O., pag. 16.
[48]) Vgl. Büchel a. a. O., S. 37.
[49]) Pandekten II. § 474, Note 1, S. 270/71.

Thatsache, dass Papinian, Paulus und Marcian gar nicht hätten darüber streiten können, ob die Querel auch ohne in concreto vorhandenes Intestaterberecht zu gewähren sei, weil zur Zeit des genannten Juristen das Gegenteil bereits festgestanden habe.

Zur Rechtfertigung dieser Behauptung mögen beispielsweise folgende beiden Stellen dienen: erstens l. 8 § 6 D. de inoff. test. 5, 2: „Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius, quod ad eum esset perventurum, si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum testari.“ (Ulpianus lib. XIV ad ed.) — und zweitens l. 19 D. eod. (Paulus lib. II quaest.): „filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset“ . . . . .

Dass der Satz: keine Querel ohne in concreto vorhandenes Intestaterbrecht — bereits zu jener Zeit Geltung hatte, gibt nun Schröder zwar zu, sucht sich aber gegen dieses Argument dadurch zu schützen, dass er für die damalige Zeit die Frage, ob derselbe keine Ausnahme erleide, als sehr wohl möglich hinstellt.

Er begründet diese Behauptung damit[50]) dass er auf einen von Fitting in seiner Abhandlung über das castrense peculium behandelten Fall verweist, in welchem dem Vater eines in seiner Gewalt verbliebenen Veteranen die Berechtigung zur Querel gegen das Testament, welches der Letztere über das castrense peculium errichtet, zugesprochen wird, obgleich ihm das peculium ab intest. nicht auf Grund eines gesetzlichen Erbrechts, sondern seines Peculienrechts zugekommen wäre. Allein diese Ausnahme — wenn sie wirklich existierte — lässt sich sehr wohl durch die Erwägung rechtfertigen, dass in dem Peculienrecht ein Aequivalent für das mangelnde Erbrecht lag: daher kann dieser Fall nimmermehr

[50]) A. a. O., S. 235.

zum Beweise dafür dienen, dass eine solche Ausnahme seitens einiger Juristen auch dort für möglich gehalten wurde, wo kein derartiges Aequivalent für das mangelnde Intestaterbrecht existierte.

Der Einwand Schröder's, Papinian hätte unmöglich die Querel demjenigen absprechen können, der durch Adoption in die Gewalt eines väterlichen Ascendenten gekommen und deshalb das Recht auf die bon. poss. gegen das Testament seines leiblichen Vaters behalten hätte, wird durch das, was im § 11 gesagt ist, vollständig widerlegt. Schröder hat eben übersehen, dass die l. 10 pr. C. cit. nur von einem praeteritus filius spricht.

Die Entgegnung schliesslich, der Streit wäre wegen der Seltenheit des Falles zu unbedeutend gewesen, als dass er Justinian zu einem besonderen Gesetze hätte Anlass geben können, bewegt sich doch gar zu sehr auf dem Boden blosser Wahrscheinlichkeit.

§ 13.

e. Begründung der hier vertretenen Ansicht, zugleich eine Rechtfertigung der Meinung des Papinian.

So wenig nun auch ein Papinian darüber im Ungewissen sein konnte, ob die Querel einem Adoptierten zu verweigern, der im gegebenen Falle ab intest. nicht hätte succedieren können, so durfte er doch daran zweifeln, ob nun auch wirklich unter der entgegengesetzten Voraussetzung das Querelrecht für den Adoptierten begründet sei.

Folgende Erwägungen sollen dies erläutern:

Für die Berechtigung zur Querel ist das Intestaterbrecht — um mit Windscheid[51]) zu reden — nur negative

[51]) Pandekten III, § 579, Note 2.

Voraussetzung, der positive Grund dagegen die Nähe des verwandtschaftlichen Grades, d. h. im vorliegenden Falle die Descendenz. Da nun aber das prätorische Recht, trotz seines Bestrebens, das Kognationsprinzip zur Durchführung zu bringen, sich mit Rücksicht auf das Agnationsprinzip ausdrücklich dagegen verwahrt hatte, bei einem Zusammentreffen eines agnatischen und eines kognatischen Vaters, dem letzteren, abgesehen von dem Falle, wo er als quasi agnatischer fingiert werden konnte, seine Anerkennung zu erteilen, so gingen die Juristen über die Grenzen des bestehenden Rechts hinaus und machten sich einer gewissen Inkonsequenz in ihrer Rechtsanschauung schuldig, wenn sie dem Adoptierten für den Fall, dass er ab intest. in der Klasse u. cogn. zur Erbschaft seines leiblichen Vaters berufen gewesen wäre, die Querel gegen das Testament desselben bewilligten, denn damit stellten sie die beiden Descendenzverhältnisse des Adoptierten in Ansehung der Querel als gleichberechtigt hin, während sie sich doch in Ansehung der Intestaterbfolge einer solchen Auffassung nach dem bestehenden Rechte verschliessen mussten.

Man wende nicht ein, dass hier der Gegensatz zwischen Civil- und prätorischem Rechte gar nicht hervortrete, da durch die Einführung der Querel das Civilrecht selbst das natürliche Kindesverhältnis juristisch besonders qualifiziert habe. Hatte auch das Civilrecht auf dem Wege der Centumviralpraxis die leibliche Descendenz zur Grundlage einer Pflichtteilsberechtigung gemacht, so hatte es doch deshalb keineswegs die Entscheidung darüber aus der Hand gegeben, ob nicht bei einer durch die Adoption eintretenden Konkurrenz eines agnatischen und eines kognatischen Kindesverhältnisses das erstere von dem letzteren zu bevorzugen sei.

Dieser Argumentation steht durchaus nicht die Thatsache entgegen, auf die Mayer verweist, dass das Civilrecht

durch das S. C. Tertullianum den Adoptierten in der Klasse u. cogn. vor seiner väterlichen Grossmutter in das Vermögen seines leiblichen Vaters berief: hier ist die erwähnte Duplizität nicht vorhanden. Aus demselben Grunde müssen wir es als verfehlt bezeichnen, wenn der letztgenannte Jurist a. a. O. deduziert: „Und warum sollte er (der Adoptierte) auch unde cognati nicht als Descendent erscheinen, da die Nachkommen einer Frau ebenfalls als Descendenten durch das S. C. Orfitianum gerufen wurden und doch eine Frau weder sui noch liberi im Sinne des prätorischen Rechts hatte?“ [52])

Für die von uns vertretene Ansicht, dass das Pflichtteilsrecht des Adoptierten gegen seinen leiblichen Vater im Falle wirklicher Intestaterbberechtigung nicht allgemein anerkannt war, bieten unsere Rechtsquellen keinen direkten Beleg, sonst wäre ja auch der ganze Streit unter den heutigen Juristen nicht möglich, doch findet sich ebensowenig — soweit uns bekannt — eine Stelle, die geradezu dagegen spräche. Am allerwenigsten darf man sich in letzterer Beziehung auf l. 30 pr. D. de inoff. test. 5, 2 berufen, wie das selbst Büchel [53]) thut, indem er nachher Papinian's Ansicht in Gegensatz dazu bringt.

An dieser Stelle ist aus Marcian's Institutionen der Satz excerpiert: „Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.“

So bestritten auch die Bedeutung dieser Worte ist, Eins darf wohl als sicher angenommen werden, dass die Stelle unbedenklich auf den Fall bezogen werden kann, wo der Adoptivsohn durch den Tod seines Gewalthabers sui iuris geworden, sich also seinem leiblichen Vater gegenüber

[52]) Auf l. 6 pr. D. de inoff. test. 5. 2, woraus Mayer für den Adoptierten die Berechtigung zur Querel herleiten will, kommen wir später.

[53]) A. a. O., S. 34 und 35.

noch in aliena familia befand. Unmöglich kann man jedoch daraus, dass der Vater seinem in Adoption gegebenen Sohne gegenüber pflichtteilsberechtigt war, den Schluss ziehen, dass ein Entsprechendes auch bei dem umgekehrten Verhältnisse gegolten, denn in dem von Marcian erwähnten Falle fehlt jenes konkurrierende agnatische Verwandtschaftsverhältnis, durch welches das Kognationsprinzip in seiner Wirksamkeit gehindert wurde.

Im Gegenteil, der Wortlaut der Stelle und die Thatsache, dass von dem Pflichtteilsrecht des Adoptivkindes gegen seinen leiblichen Vater in den Quellen nirgends die Rede, möchte viel eher auf ein argumentum a contrario hinweisen, und hierdurch erklärt sich vielleicht — man verzeihe diese vorausgreifende Vermutung — die Aufnahme der erwähnten Stelle in die Justinianische Kompilation.

Wohl das einzige schriftliche Zeugnis, welches wir von einem Römer über die Querel des Adoptierten gegen seinen leiblichen Vater besitzen, findet sich in den Memorabilien des Valerius Maximus, und auch dieses dürfte bei genauerer Betrachtung unserer Ansicht nur förderlich sein. Der genannte Geschichtsschreiber erzählt dort im 7. Buche, Kap. 7, § 2[54]) folgendes: „Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate, avunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumviros rescidit, cum in eo Tullianus Pompeii Magni familiaris, ipso quidem Pompeio signatore, heres scriptus esset. itaque plus illi in iudicio cum excellentissimi viri gratia, quam cum parentis cineribus negotii fuit. ceterum quamvis utraque haec adversus eum nitebantur, tamen paterna bona obtinuit. nam L. quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneius sanguine sibi coniunotos eadem ex parte, qua Tullianum.

---

[54]) Die Stelle ist citiert bei Schultingius de testamentis rescissis (in comment. acad. vol. I, pag. 267 und 268).

heredes fecerat, sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt tametsi praecipuis eo tempore Magni viribus ad defendendas testamenti tabulas mutari poterant. et aliquantulum adiuvabat heredes, quod M. Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat. sed aretissimum inter homines procreationis vinculum patris simul voluntatem et principis auctoritatem superavit.“

Man hat diese Erzählung durchaus so verstehen wollen, als sei hier von einem Adoptierten die Rede, der in concreto kein Intestaterbrecht gehabt habe. Aber was nötigt denn zu einer solchen Erklärung? Dass der Anneius bei seinem Tode keine sui oder emancipati hatte, das geht bei der Lage der Sache aus deren Nichterwähnung hervor. Ferner braucht man unter den sanguine coniuncti keineswegs Agnaten und kann darunter wegen der Namensverschiedenheit keine Gentilen des Erblassers vermuten — eine Hinzufügung, die deshalb notwendig, weil, wie wir von Cicero[55]) wissen, das ius gentilicium damals noch bestand. Dass aber auch sonst Agnaten und Gentilen nicht vorhanden waren, dürfen wir aus dem Stillschweigen des Valerius schliessen und vermögen dies auch mit der Wahrscheinlichkeit in Einklang zu bringen, denn wir sind durchaus nicht zu der Annahme gezwungen, dass der M. Anneius bis zu seinem Tode keine capitis deminutio erlitten und als der Letzte seiner familia und gens gestorben sei, lässt sich doch die von Schulting[56]) ausgesprochene Vermutung als naheliegend und mit der obigen Erzählung sehr wohl vereinbar bezeichnen, dass jener M. Anneius von

---

[55]) De orat. I. 39 (cit. bei Puchta, Inst. II. § 195 Note y). „Quid? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri iudicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis iure dicendum?“

[56]) A. a. O., pag. 280/81.

seinem Vater emanzipiert worden war;[57]) durch eine solche Emanzipation aber erloschen nicht nur die iura agnationis, sondern — wofür wir uns ebenfalls auf Cicero[58]) berufen können — auch die iura gentilitatis.

Nun haben aber selbst solche Juristen, die zugestehen, dass die Erzählung des Valerius so wie hier verstanden werden könne, z. B. der von Schrader[59]) citierte Touilleu, dieselbe doch keineswegs so verstehen wollen, weil es ihnen ein Rätsel war, wie Valerius dazu gekommen sein sollte, den Fall, wo ein in concreto intestaterbberechtigtes Adoptivkind gegen das Testament seines leiblichen Vaters zugelassen, als etwas Sonderbares hinzustellen. Schrader[60]) freilich weiss einen Ausweg: er glaubt, in der damaligen Zeit hätte man auch pflichtteilsberechtigten Descendenten gegenüber auf die conditio des eingesetzten Erben gesehen, und deshalb wohl hätten sich die Centumvirn nicht so leicht dazu herbeigelassen, ein Testament, in dem cognati, als ein Testament, in welchem extranei eingesetzt, für lieblos zu erklären.

Aber mag es immerhin feststehen, dass damals auch bei Descendenten die conditio des eingesetzten Erben hinsichtlich der Querel von Bedeutung war, so ist doch viel mehr Gewicht darauf zu legen, dass uns Valerius selbst, abgesehen von dem in der Macht des Pompeius liegenden faktischen, auch den juristischen Grund dafür anführt, warum das Urteil Aufsehen erregt habe: ... „et aliquantulum adiuvabat

---

[57]) Mühlenbruch, XXXV, S. 142 Note 95, unterstellt unrichtigerweise Schulting die Vermutung, dass der Sohn von dem Adoptivvater wieder emanzipiert worden sei. Das verträgt sich allerdings mit den Worten des Valerius durchaus nicht.

[58]) Top. 6 (cit. bei Puchta a. a. O., II. § 194 Note m.): Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt, quorum maiorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti.

[59]) A. a. O., § 9.

[60]) A. a. O., § 9, pag. 12.

heredes quod M. Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat" . . . diese Worte stehen ganz im Einklange mit dem, was wir oben ausgeführt, dass es in Folge des Übergewichts des agnatischen Kindesverhältnisses über das mit demselben konkurrierende kognatische keineswegs dem bestehenden Rechte entsprach, wenn der Adoptierte, trotzdem er im gegebenen Falle zu den nächsten Intestaterben gehörte, mit der Querel gegen das Testament seines leiblichen Vaters durchdrang.

Dass Valerius von dieser Anforderung der Rechtskonsequenz sagt, sie habe dem eingesetzten Erben nur aliquantulum geholfen, kann man ihm, als einem homo a foro alienus, leicht verzeihen.

Das Urteil der Centumvirn, welches so Vielen unter den hier angenommenen Voraussetzungen ganz selbstverständlich erscheint, enthält also in Wahrheit eine Anomalität, die sich nur erklären lässt durch eine starke Betonung der aequitas und vielleicht auch dadurch, dass die Richter aus der Erwägung, die Querel habe mit dem Agnationsprinzipe nichts gemein, die oben zurückgewiesenen Konsequenzen gezogen.[61])

Nach all dem, was wir bis jetzt gesagt, stand Papinian völlig auf dem Boden des geltenden Rechts, wenn er dem Adoptierten die Pflichtteilsberechtigung gegen seinen leiblichen Vater absprach.[62])

Untersuchen wir nun, wie es sich mit den Ansichten des Paulus und des Marcian verhält.

---

[61]) Die Zulassung der Querel im vorliegenden Falle zeigt übrigens auf's Neue, wie unrichtig die Ansicht Schönbergs, dass es dem Kognationsprinzipe entgegen gewesen wäre, wenn der Prätor das Vermögen des leiblichen Vaters in die familia adoptiva hätte gelangen lassen.

[62]) So vielleicht auch Francke a. a. O., S. 183 und Glück, Kommentar II. S. 366 ff.

§ 14.

f. „Paulus sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit."

Wie man aus der Anmerkung bei Schönberg a. a. O., pag. 81, ersehen kann, wurden in der Glosse und ebenso von Cuiacius die Worte: „quam Paulus sine effectu derelinquit" dahin erklärt, dass Paulus gar keine Meinung gehabt habe; Cuiacius speziell findet das auch nicht weiter wunderbar, da ja die Männer der Wissenschaft nicht so selten, die Aufrichtigkeit genug besässen, um ihr „non liquet" einzugestehen.

Einer der Ersten, die in dieser Beziehung eine andere Meinung niedergeschrieben, war Merillius.[63]) Er ist der Ansicht, Paulus habe die bon. poss., welche von dem Adoptierten litis ordinandae causa erbeten werden musste, als „sine effectu" bezeichnet, habe demnach die Querel für unwirksam erklärt.

Dieser Interpretation müssen wir uns anschliessen, denn einmal kann das „quam" im Zusammenhange der Stelle wohl nur auf das vorhergehende „actionem" bezogen werden, und ferner spricht für die Richtigkeit der von Merillius gegebenen Auslegung die l. 25 § 1 D. de inoff. test. 5. 2 (Ulpianus lib. II. disput.), wo die Worte gebraucht werden: .... „cum effectu eum querelam instituisse" — während die l. 34 pr. C. de inoff. test. 3.28 (Justinianus) mit den Worten: ... „et hoc nonnulli iuris consulti in medio proponentes inhumane reliquerunt" — nichts dagegen enthält, weil, wie Schröder[64]) zutreffend bemerkt, das Hauptgewicht auf den Worten „sine effectu" liegt, und diese Worte in jener Stelle fehlen.

---

[63]) Observat. lib. III, cap. XXXV.

[64]) A. a. O., S. 234.

Wenn nun aber auch Merillius das Verdienst zukommt, den Irrtum der Glosse und des Cuiacius beseitigt zu haben, so hat er uns doch darüber im Unklaren gelassen, was denn der Grund von des Paulus Meinung gewesen.

Auf diese Frage sind in neuerer Zeit zweierlei Antworten gegeben worden. Francke,[65]) mit ihm auch Mühlenbruch[66]) und Schröder[67]) halten dafür, Paulus habe die Querel ohne Wirkung gelassen, weil sie nach seiner Ansicht Intestaterbrecht in concreto beim Adoptierten voraussetzte, dies aber in den meisten Fällen nicht vorhanden war. Vom Standpunkte Schröder's aus, welcher glaubt, die Juristen hätten darüber gestritten, ob überhaupt für den Adoptierten Intestaterbrecht im gegebenen Falle zur Querel gegen seinen leiblichen Vater notwendig sei, erscheint diese Ansicht ganz acceptabel, keineswegs aber ist sie das für diejenigen, die, wie Francke und im Grunde auch Mühlenbruch, der hier vertretenen Auffassung folgen, denn man darf einem Paulus nicht die Inkonsequenz zutrauen, dass er die Frage: „Steht dem Adoptierten die Querel gegen das Testament seines leiblichen Vaters zu, wenn er im Intestatfalle in der Klasse u. cogn. zu dessen Erbschaft gekommen wäre?“ mit der Antwort bejaht hätte: „Ich lasse die Querel ohne Wirkung, weil das erforderliche Intestaterbrecht fehlt.“

Viel anmutender erscheint da die Erklärung, wie sie Büchel[68]) und mit ihm v. Vangerow[69]) sowie Schönberg[70]) geben: das „sine effectu“ sei auf eine wirksame Einrede des beklagten Erben zurückzuführen, indem sich dieser gegen

[65]) A. a. O., S. 183.
[66]) A. a. O., XXXV. S. 168.
[67]) A. a. O., S. 234.
[68]) A. a. O., S. 37.
[69]) A. a. O., II. § 474 Note 1.
[70]) A. a. O., pag. 81.

den Kläger hätte schützen können durch den Hinweis auf den Adoptivvater, den der Testator seinem Kinde zur Versorgung angewiesen. Damit stimme denn auch sehr wohl die Unterscheidung Marcian's überein: Letzterer habe diese Einrede in dem Falle nicht gelten lassen wollen, wo dieselbe wegen der Armut des Adoptivvaters eines materiellen Hintergrundes entbehrte.

Allein auch dieser Auffassung können wir nicht beipflichten. Sollte wirklich Paulus, vorausgesetzt, dass er bei vorhandenem Intestaterbrechte gegen die Zulässigkeit der Querel nichts einzuwenden hatte, die blosse Geltendmachung der Hingabe in Adoption für hinreichend angesehen haben, um die Behauptung der Lieblosigkeit niederzuschlagen? Sollte er nicht unter der gedachten Voraussetzung ebenfalls auf die Unterscheidung des Marcian gekommen sein?

Weit eher möchten wir annehmen, Justinian habe die Ansichten des Papinian und des Paulus nur äusserlich in Gegensatz gebracht, habe in der Verschiedenheit ihrer Ausdrucksweisen die Rechtfertigung für das „autem" gefunden, mit dem er die Entscheidungen der beiden Juristen verbindet. Unsere Ueberzeugung geht also dahin, dass Paulus in Bezug auf die vorliegende Frage genau mit Papinian übereinstimmte und zur Unterstützung dieser Behauptung möchten wir ausser dem, was bereits gesagt, noch dies hervorheben, dass erstens „relinquere" kaum mit „zulassen" zu übersetzen ist, und zweitens das „sine effectu" doch keineswegs als Folge einer Einrede aufgefasst werden muss, sondern sich eben so gut auf den Mangel des Klagegrundes zurückführen kann. In dieser Beziehung dürfen wir wiederum auf l. 25 § 1, D. de inoff. test. 5,2 [71]) verweisen. Hier ist von Jemandem

[71]) (Ulpianus libro II. disput.): „Si quis, cum non possit de inoff. queri, ad querelam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et

die Rede, der, ohne das nötige Pflichtteilsrecht zu haben, doch die Querel infolge eines unrichtigen Urteils „cum effectu“ anstellt. Wie hier der mangelnde Klagegrund im Gegensatze zu dem „cum effectu“ erwähnt wird, sollte er nicht auch umgekehrt in unserem Falle als Ursache des „sine effectu“ bezeichnet werden?

Die Ansicht des Paulus stände also ebenfalls ganz im Einklange mit den Grundsätzen des damals geltenden Rechts.

Was für eine Meinung hat nun aber Marcian gehabt? „Distinguit,“ antwortet die l. 10 pr. C. cit., „ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat.“

Das Moment, welches Marcian zum Unterschiede von Papinian und Paulus betont, ist offenbar die „egestas patris adoptivi,“ und wohl mit Recht bezieht man auf diese „egestas“ jenes „distinguit“. Demnach ist Marcian grundsätzlich ebenfalls ein Gegner der Querel und weicht nur für den Fall der Armut des Adoptivvaters von der Rechtskonsequenz ab, sicherlich in der Erwägung, dass die Natur der Querel eine weitgehende Berücksichtigung der Billigkeit gestatte.[72]) Mit diesem allgemeinen Grunde brauchen wir uns jedoch nicht zu begnügen: die citierte Stelle präzisiert den Gedankengang des Marcian viel genauer, und es verlohnt sich der Mühe, darauf einzugehen, im Hinblick darauf, dass das Verständnis desselben in Bälde die Beantwortung einer anderen Frage erleichtern wird.

„Naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem“ — das sind die Worte, auf die es

---

unum sibi heredem eligat, contra quem inoff. querelam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse.“

[72]) Vgl. Francke a. a. O., S. 170.

jetzt ankommt. Hätte Marcian nichts weiter hervorheben wollen, als die Übergehung im Testamente, so stände doch viel besser statt des „circumventus“ das Wort „praeteritus“; offenbar soll durch das „circumventus“ die Übergehung qualifiziert werden, und zwar — wie auf der Hand liegt — als eine arglistige Handlung.

Marcian nahm also an, dass der Testator sein Kind boshafterweise habe schädigen wollen, dass er es übergangen habe mit dem Bewusstsein von der Adoptiveigenschaft des Kindes und der daraus entspringenden Unzulässigkeit einer Querel.

Was berechtigte aber den Marcian zu dieser pessimistischen Präsumption? Nichts Anderes als die Thatsache, dass es der Testator ja selbst gewesen, der sein Kind in eine fremde und dazu noch arme Familie gebracht.

Nach diesen Erklärungen gehen wir wohl nicht zu weit, wenn wir — unbeschadet der gewöhnlichen Auslegung des Wortes „voluntas“ — das „circumventus“ auch auf den Akt der Hingabe in Adoption beziehen,[73]) in dem Sinne, dass das arglistige Verhalten des Vaters schon bei diesem Akte vorhanden gewesen, aber erst durch die Kundgebung seines letzten Willens in die Aussenwelt getreten sei.

Verstehen wir den Marcian in dieser Weise, dann erscheint seine Ansicht keineswegs als ein Ausfluss übertriebener Milde, sondern lediglich als Geltendmachung einer Anforderung der Gerechtigkeit gegenüber der starren Rechtstheorie.

---

[73]) So wahrscheinlich auch Merillius, expos. in L. decis. Justiniani No. 14 (ad leg. penult. C. de adopt. No. 5), und die Glosse, wenn sie sagt: . . . „alii (sc. differunt) quod refert, an pater naturalis voluit eum circumvenire vel non.“

§ 15.

g. Resultat.

Mochte nun die „distinctio“ des Marcian auch noch so gerechtfertigt sein, keineswegs war seine Ansicht die herrschende: dies geht schon daraus hervor, dass Papinian und Paulus anderer Meinung waren.

Ob sich auch Ulpian dem Papinian angeschlossen, darüber haben wir keine Nachricht. Merillius[74]) und mit ihm Glück,[75]) wie es scheint, auch Francke[76]) bejahen es, Erstere auf Grund der l. 8 § 10 D. de bon. poss. c. t. 37. 4 (Ulpianus lib. XXXX ad ed.): „Si filium in adoptiva familia constitutum pater naturalis exherederavit, deinde sit filius emancipatus, nocebit ei exheredatio“ — aber diese Stelle enthält unseres Erachtens nichts, was den von ihr geforderten Beweis erbringen könnte. Alle Wahrscheinlichkeit spricht jedoch für diese Ansicht, denn im Zweifel ist es sicherlich nicht zulässig, dem Ulpian eine Abweichung von der Rechtskonsequenz zu unterstellen.

Wenn Mayer[77]) die l. 6 pr. de inoff. test. 5. 2[78]) dazu benutzt, um das Gegenteil zu statuiren, so müsste er, wollte er überzeugend sein, entweder erst anderweit beweisen, dass die leibliche Descendenz des Adoptierten hinsichtlich der Querel auch wirklich anerkannt war, oder aber die Worte in l. 6 pr. D. cit.: „quia et horum ab intestato potuit bon. poss. accipere“ als den einzigen Rechtsgrund der Querel in Ulpian's Sinne darthun: beides dürfte ihm wohl nicht leicht fallen.

---

[74]) A. a. O. (S. die vorhergehende Note.)

[75]) Intestaterbfolge, S. 183.

[76]) A. a. O., S. 367.

[77]) A. a. O., S. 197 Note 6.

[78]) (Ulpianus lib. XIV ad ed.) „Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere“ . . .



Nach all den Erörterungen können wir jetzt ohne Bedenken so viel feststellen, dass die herrschende Meinung in Theorie und Praxis dem in Adoption Gegebenen die Querel gegen seinen leiblichen Vater versagt hat — natürlich abgesehen von der Hingabe in Adoption an einen väterlichen Ascendenten.

§ 16.

B. Stellung des arrogatus zur querela inofficiosi testamenti.

Wir haben oben das Schweigen der Quellen in Bezug auf die Frage, ob der arrogatus unter denselben Voraussetzungen, wie der in adoptionem datus zu den liberi seines leiblichen Vaters gehörte, in verneinendem Sinne aufgefasst und können ihm daher keinesfalls neben solchen liberi das bezügliche Pflichtteilsrecht zuerkennen.

Allein auch für den Fall, dass er ab intest. in der Klasse u. cogn. zur Succession in das Vermögen seines leiblichen Vaters berufen gewesen wäre, ist ihm die Querel sicherlich allgemein versagt worden,[79]) denn selbst Marcian mit seiner milderen Ansicht hätte ihn abgewiesen, haben wir doch oben ausführlich dargelegt, dass in letzter Linie die arglistige Entfernung des Kindes aus der väterlichen Familie der Grund war, welcher Marcian zu seiner abweichenden Ansicht brachte. Der erwähnte Jurist hätte aber nicht nur dem arrogatus, sondern ebenso demjenigen, der von seinem pater arrogator einem Anderen in Adoption gegeben war, die Querel in jedem Falle verweigert, weil ja auch ein solches Adoptivkind unmöglich von seinem leiblichen Vater in der beschriebenen Weise hintergangen sein konnte: dies ist die im § 9 angedeutete Besonderheit, welche der Hingabe in Adoption seitens eines Adoptivvaters für die Marcianische Meinung beizulegen ist.

---

[79]) So auch Francke a. a. O., S. 183.

Zweite Abteilung.
Justinianisches Recht.

I. Recht der Kompilation.

§ 17.
Übersicht.

Das Institut der minus plena adoptio, wie es Justinian in l. 10 C. cit. einführt, bietet in der fraglichen noterbenrechtlichen Beziehung keine Schwierigkeiten; ausserordentlich bestritten dagegen, sowohl ihrem Inhalte wie ihrem Grunde nach, also eingehend zu behandeln sind die erbrechtlichen Bestimmungen, die das citierte Gesetz betreffs der in plenam adoptionem datio enthält, und in Rücksicht auf das Resultat, welches wir dort finden, müssen wir auch das bezügliche Rechtsverhältnis bei der arrogatio, in Ansehung seines Grundes, einer Erörterung unterziehen.

§ 18.
A. Minus plena adoptio.

Nach dem Rechte, wie es Justinian vorfand, war es möglich, dass ein Vater, der sein leibliches Kind in Adoption gab, hierdurch die erste Veranlassung dazu bot, dass das Kind jeglichen Kindeserbrechts verlustig ging.

Diesem Missstand entgegenzutreten, wollte Justinian dem in Adoption Gegebenen sein natürliches Kindesverhältnis auch in juristischer Beziehung vollkommen bewahren und benahm deshalb für die Regel der Hingabe in Adoption ihre ganze frühere zerstörende Wirkung, indem er verordnete, dass das in Adoption gegebene Kind in die Gewalt seines Adoptivvaters nicht übergehen solle: . . . „iura naturalia“ — so bestimmt die l. 10. pr. C. cit. — „minime dissolvi, sed ita eum (sc. adoptatum filium) permanere, quasi non fuisset in

alienam familiam translatus" — und weiter heisst es im § 1 des citierten Gesetzes: „Omnia igitur, secundum quod iam disposuimus, cum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneant integra iura sive ad (de?) inofficiosi querelam sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur, ut et ipse possit prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere."

Demnach stand dem minus plene adoptatus gegen seinen pater naturalis Noterbenrecht in vollem Masse zu, und zwar, soweit es sich um formelles Noterbenrecht handelt, nicht nur die bon. poss. c. t., sondern auch das civile Präteritionsrecht.

B. Plena adoptio.

a. Datio in plenam adoptionem.

§ 19.

1. Grammatische Interpretation der massgebenden Bestimmungen in l. 10 C. de adopt. 8. 47.

Vor allen Erörterungen erscheint jetzt eine Feststellung dessen notwendig, was Justinian über das Noterbenrecht des in plenam adoptionem datus gegen seinen leiblichen Vater wirklich gesagt hat. Die Worte, worauf es zunächst ankommt, sind in l. 10 § 1ª C. cit. enthalten und lauten: „Si vero pater naturalis avo materno filii sui vel, si ipse fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptiva iura, maneat stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura adgregavit et lex per adoptionem adsignavit, et Papiniani sententia

in hac specie procedat, et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique adquirat quae possunt adquiri et prodesse, et is ei solus pater intellegatur, quem lex fecit et natura non dereliquit."

Ziehen wir nun noch den Anfang des § 4 der l. e. 10 C. cit. in Betracht: „Quae in filio diximus in adoptionem a patre dato, haec et in filia et in nepote deinceps personis utriusque sexus in sacris constitutis extendimus" — so brauchen wir nichts weiter als den Wortverstand dessen, was Justinian bezüglich unserer Frage geäussert hat, nach gewöhnlichem Sprachgebrauche zu bemessen, um — kurz zusammengefasst — folgenden unzweifelhaften Sinn zu erhalten: wenn Jemand einen leiblichen Descendenten dessen Grossvater oder Urgrossvater väterlicher- oder mütterlicherseits in Adoption gegeben, so soll Papinians Meinung vorgehen, und der Adoptivvater in erbrechtlicher Hinsicht als einziger Vater angesehen werden.

Es fällt uns sofort auf, dass hier das natürliche Kindesverhältnis des adoptierten Kindes auch dann nicht zur juristischen Anerkennung gelangt, wenn die Hingabe in Adoption an einen väterlichen Ascendenten erfolgt ist, während doch gerade in diesem Falle das prätorische Recht dem Adoptierten sein Kindeserbrecht gegen seinen leiblichen Vater unangetastet beliess.

§ 20.

2. Einwände gegen diese Interpretation.

Trotz des unzweifelhaften Sinnes der oben citierten Worte hat man[80]) dieselben doch, soweit sie die alleinige

---

[80]) Bachovius ad Treutlerum, vol. II disp. XVI thes. II lit. J; Lehr in Hagemann's und Günther's Archiv, V. 9. § 13 ff.: Glück, Intestaterbfolge, S. 402 Note 95; v. Löhr im Magazin für Rechtswissenschaft



Vaterschaft des Adoptivvaters bezeichnen, durchaus restriktiv interpretieren wollen; man hat die angedeutete Neuerung geleugnet und zwar aus viererlei Gründen, die jetzt, ehe sie im Einzelnen gewürdigt werden, der Übersicht wegen zusammengestellt sein mögen.

Erstens — so sagt man — widerspreche einer solchen Neuerung die Absicht, in welcher der Kaiser die Meinung des Papinian zur Geltung gebracht, die Absicht nämlich, hierdurch jene alte, in l. 10 pr. C. cit. erwähnte, Kontroverse zu beseitigen.

Zweitens legt man Gewicht auf den Umstand, dass der Kaiser in der l. 10 C. cit. das bisherige Recht doch nur allein zu dem Zwecke habe abändern wollen, um den Adoptierten vor Nachteilen zu bewahren, dass er also in Widerspruch mit sich selbst geraten wäre, hätte er dem Adoptierten Erbansprüche entzogen, welche demselben nach bisherigem Rechte zugestanden hatten.

Drittens wird behauptet, Justinian habe des Öfteren ausdrücklich erklärt, dass er nur für die minus plena adoptio neue Normen in's Leben rufe, hinsichtlich der plena adoptio dagegen Alles beim Alten lasse.

Viertens beruft man sich auf einige Pandektenstellen, denen zufolge derjenige, welcher einem väterlichen

---

und Gesetzgebung III. S. 392 ff.; Arndts im Rechtslex. V. S. 688/89; Bluntschli a. a. O., S. 545; Francke a. a. O., S. 184/85; Kœppen, Grundriss des Erbrechts, § 79 in Vbdg. mit § 50 I; Mayer a. a. O., § 61 Note 8, § 86 Note 3; Rosshirt, Einleitung in das Erbrecht, S. 161/62 und S. 397/98; Schirmer a. a. O., I. § 11 Note 17; Schmitt a. a. O. § 49 (S. 86/87); Schröder a. a. O., S. 235 ff.; Tewes, System des Erbrechts II. lit. F No. 2 S. 75 ff.; Vallet, Noterbenrecht I. § 5; Vering, Röm. Erbrecht, S. 390, 649 Note 4; Mackeldey, Röm. Recht, § 616 Note 16; Schweppe, Röm. Privatr. V. § 827 (S. 139); Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht III. § 139 Note 55 No. 1; v. Vangerow a. a. O. II. § 412 No. 1 Note 2; v. Wening-Ingenheim, gem. Civilrecht III. § 433 (S. 90).

Ascendenten in Adoption gegeben, noch zur Zeit der Kompilation zu der fraglichen bon. poss. u. lib. und c. t. berechtigt gewesen sein müsse.

§ 21.

α) Einwand aus der decisorischen Eigenschaft der l. 10 C. cit.

Um das Verhältnis der gedachten Meinung des Papinian zu der erbrechtlichen Neuerung, wie sie sich aus einer grammatischen Interpretation der von Justinian gebrauchten Worte ergiebt, richtig beurteilen zu können, müssen wir uns zunächst daran erinnern, auf welche Kontroverse sich die Papinianische Entscheidung bezog; in dieser Notwendigkeit aber liegt die Rechtfertigung für die ausführliche Untersuchung, die wir in dieser Beziehung veranstaltet haben.

Hätten Schröder,[81]) Rosshirt[82]) und Schrader[83]) Recht mit der Behauptung, dass die Römischen Juristen darüber gestritten, ob der Adoptierte, auch wenn er im gegebenen Falle nach allgemeinen Grundsätzen nicht ab intest. zur Erbschaft seines leiblichen Vaters berufen worden wäre, dennoch diesem gegenüber pflichtteilsberechtigt sei, so hätte zweifellos Justinian die Meinung des Papinian nur deshalb gebilligt, um den Grundsatz: kein Pflichtteilsrecht ohne in concreto vorhandenes Intestaterbrecht — zur ausnahmslosen Geltung zu bringen: dann aber müsste man Justinian eine grosse Ungereimtheit vorwerfen, wenn er im unmittelbaren Zusammenhange mit der Anerkennung der Papinianischen Meinung, wodurch er doch der decisorischen Tendenz seines Gesetzes nachkam, etwas verordnet hätte,

---

[81]) A. a. O., S. 235.
[82]) A. a. O., S. 398.
[83]) A. a. O., § 16.

was mit dieser Anerkennung gar nichts zu thun, nämlich die Beseitigung der juristischen Duplizität eines Kindesverhältnisses.

Schrader[84]) allerdings scheut vor der Annahme einer solchen Zusammenhangslosigkeit nicht zurück, indem er sogar behauptet, Justinian habe dem Adoptierten gegenüber seinem leiblichen Vater alles Erbrecht, also auch die bon. poss. u. cogn. abgesprochen.

Dagegen suchen Schröder[85]) und Rosshirt,[86]) welch letzterer sich jedoch nicht positiv ausspricht, ihren Ansichten über jenen Streit gemäss den Sinn der Worte Justinian's dahin zu restringieren, dass durch dieselben lediglich die Zulässigkeit der Querel unbedingt von dem Erfordernisse eines Intestaterbrechtes abhängig gemacht werden solle.

Allein wir brauchen auf die von Schröder, Rosshirt und Schrader vertretene Auffassung jener „dubitatio" nicht weiter einzugehen, da wir sie bereits in längerer Ausführung zurückgewiesen.

Nun wird jedoch von Einigen,[87]) die betreffs des Inhaltes der Papinianischen Meinung der hier vertretenen Ansicht folgen, der Einwand erhoben, dass, wie aus der Einleitung der l. 10 C. cit. hervorgehe, Justinian sich über das Erbrecht des Adoptierten gegen seinen leiblichen Vater nur mit Rücksicht auf die unter den alten Juristen streitige Zuständigkeit der Querel habe aussprechen wollen: man dürfe es also keineswegs für seine Absicht halten, dass die fraglichen Bestimmungen im § 1a des gedachten Gesetzes auch auf die sonstigen — von jeher unstreitigen — Erbansprüche des Adoptierten gegen seinen leiblichen Vater bezogen würden.

---

[84]) A. a. O., § 30.

[85]) A. a. O., S. 237.

[86]) A. a. O., S. 393.

[87]) Arndts a. a. O., V. S. 688/89; Tewes a. a. O., I. S. 76; Mayer a. a. O., § 61 Note 8 lit. b.

Aber wenn auch jene Kontroverse, wie wir gesehen, nicht die wenigen Fälle betraf, in denen der Adoptierte bezüglich der Erbschaft seines leiblichen Vaters ab intest. zur bon. poss. u. lib. berufen gewesen wäre, so erscheint doch wegen der Unterschiedslosigkeit, mit welcher Justinian von der Hingabe in Adoption an einen väterlichen und von der an einen mütterlichen Ascendenten spricht, eine restriktive Interpretation seiner Bestimmungen insoweit kaum zulässig, als man denjenigen, der einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, von jener Entscheidung hinsichtlich der Querel ausschliessen will, einerlei ob man nun annimmt, dass Justinian an das besondere Recht dieses Adoptierten gedacht hat, oder nicht. Denn wenn Justinian daran gedacht, so kann er sicherlich für einen solchen Adoptierten nicht stillschweigend eine Ausnahme statuiert haben; hat er aber nicht daran gedacht, so muss man erwägen, dass es sich jedenfalls in Ansehung der Vorschriften über die Zuständigkeit der Querel in seinem Sinne nicht um eine Verweisung auf altes Recht, sondern um ein neues Gesetz handelt; in Bezug auf dieses Gesetz aber darf man auch bei der letzterwähnten Voraussetzung für den, der einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, keine stillschweigende Ausnahme präsumieren, weil gerade der diesbezügliche Fall kurz vorher neben dem anderen erwähnt wird und deshalb zweifellos eben so unbedingt wie der letztere unter das Gesetz subsumiert sein soll.

Erscheint so eine Ausdehnung der Papinianischen Entscheidung ohne gewaltsame Interpretation geradezu unvermeidlich, so läuft dieselbe doch auch der decisorischen Absicht des Gesetzgebers nicht zuwider, keineswegs dann, wenn man annimmt, dass er das ältere Recht nicht genau kennt; aber auch unter der entgegengesetzten Voraussetzung konnte sich der Kaiser in Unkenntnis der wahren Entscheidungsgründe

Papinian's leicht versucht halten, die Adoption seitens eines väterlichen Ascendenten wegen ihrer äusserlichen Gleichheit mit derjenigen seitens eines mütterlichen Ascendenten dieser analog zu behandeln. So suchen denn auch Manche,[88]) die eine intestaterbrechtliche Neuerung Justinian's verneinen, dem Sinne seiner Worte wenigstens dadurch gerecht zu werden, dass sie den Ausschluss von der Querel auch für den einem väterlichen Ascendenten in Adoption Gegebenen gelten lassen. Hat man aber einmal diesen Schritt gethan, so wird man mit Notwendigkeit dazu gedrängt, die bon. poss. u. lib. in Abrede zu stellen. Denn weshalb hätte Justinian dem Adoptierten die Querel trotz in concreto vorhandenen Erbrechts versagen sollen? Etwa deshalb, weil der Vater nicht lieblos handelt, wenn er sein leibliches Kind, welches er einem Andern in Adoption gegeben, im Testamente nicht berücksichtigt? Das dürfte doch nur unter der Bedingung zutreffend sein, dass sich die Lage des Kindes durch die Adoption nicht verschlechtert hat.

Es bleibt also, wenn wir die bon. poss. u. lib. beibehalten, keine andere Annahme übrig, als dass Justinian entweder die Descendenz des Adoptierten nicht anerkannt, ihm dagegen ein anomales Kindeserbrecht gelassen, oder aber, sich mit dem, was zu seiner Zeit über die Voraussetzungen des Pflichtteilsrechts feststand, in den gröbsten Widerspruch gesetzt hätte. Das Letztere können wir schlechterdings nicht für möglich halten, das Erstere hinwiederum ist in Rücksicht darauf nicht glaublich, dass Justinian eine solche

---

[88]) Schirmer a. a. O., I. § 11, Note 17; Sintenis a. a. O., III. § 139, Note 55 No. 1; allem Anschein nach: Bluntschli a. a. O., S. 145; Mayer a. a. O., § 61 Note 8 in Verbindung mit § 86 Note 3; Tewes a. a. O., I. S. 76; Arndts a. a. O., V. S. 688,89; Lang im Arch. f. civ. Praxis XXI., S. 425, während bei v. Vangerow a. a. O., II. § 47 Note 1 und Francke a. a. O., S. 184,85 eher das Gegenteil anzunehmen.

Anomalität aller Wahrscheinlichkeit nach ebenso hervorgehoben hätte, wie er dies bei dem eigentümlichen Intestaterbrechte des minus plene adoptatus gethan — eine Bemerkung, die hier übrigens — streng genommen — gar nicht einmal nötig, da es uns nur darauf ankommt, ob in der fraglichen Stelle das Descendenzverhältnis des Adoptierten seinem leiblichen Vater gegenüber für juristisch wirksam erklärt worden ist oder nicht.

Hiernach müssen wir, sobald wir dem, der einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, das Pflichtteilsrecht gegen seinen leiblichen Vater absprechen, ihm damit zugleich im Verhältnisse zu dem Letzteren die bon. poss. u. lib. als Kindeserbrecht im eigentlichen Sinne und folgeweise gleichfalls die bon. poss. c. t. versagen.

Will man dies nicht zugeben, so muss man auch, wie v. Vangerow[89]) und Francke,[90]) freilich dem Sinne der Justinianischen Worte zuwider, die Ausdehnung der Papinianischen Entscheidung auf den Fall der Hingabe in Adoption an einen väterlichen Ascendenten leugnen, sonst gelangt man infolge solcher Inkonsequenz zu dem ungereimten Resultate, wie wir es bei Schirmer[91]) finden, dass die erwähnte Hingabe in Adoption das in Rede stehende Noterbenrecht als materielles entziehe, dagegen als formelles bestehen lasse.

§ 22.

3. Einwand aus der korrektorischen Eigenschaft der l. 10 C. cit.

Wie bereits erwähnt, hat man gegen den Wortsinn der fraglichen Justinianischen Bestimmungen ferner geltend

---

[89]) A. a. O., II. § 474 Note 1.

[90]) A. a. O., S. 184/85.

[91]) A. a. O., I. § 11 Note 17.

gemacht, dass es der korrektorischen Eigenschaft der l. 10 C. cit. durchaus widerspreche, wenn man auf Grund jener Bestimmungen dem Adoptierten ein Erbrecht nehmen wolle. welches er bis dahin gehabt[92]): sehen wir jetzt, wie es sich mit dieser Deduktion verhält.

Dass die l. 10 C. cit. darauf ausgeht, den in Adoption Gegebenen durch Erhaltung seiner kindeserbrechtlichen Ansprüche gegen den leiblichen Vater vor dem Verluste jeglichen Kindeserbrechts zu bewahren, das unterliegt keinem Zweifel; damit ist jedoch noch keineswegs gesagt, dass Justinian nun bei jedem in Adoption Gegebenen gedachtes Mittel als für die Erreichung jenes Zweckes notwendig angesehen.

In Hinsicht auf den in l. 10 § 1a C. cit. enthaltenen Fall der datio in plenam adoptionem, welcher uns gegenwärtig allein beschäftigt,[93]) spricht sich denn auch Justinian sehr deutlich dahin aus, dass er wegen der konkurrierenden „iura naturalia et adoptiva“, wegen der „avita et proavita reverentia“ in der kindeserbrechtlichen Lostrennung des Adoptierten von seinem leiblichen Vater nichts Missliches erblicke.

Erschien aber in dem vorliegendem Falle die zerstörliche Wirkung der Adoption dem Kaiser kein „vitium“, so konnte er auch hier unbeschadet seiner korrektorischen Absicht ein bezügliches Kindeserbrecht des Adoptierten in Wegfall bringen.

---

[92]) So insbesondere: v. Vangerow a. a. O., II. § 412 No. I Note 1 (S. 42); Sintenis a. a. O., III. § 139 Note 55 No. I (S. 111); Mayer a. a. O., § 64 Note 8 lit. a; Tewes a. a. O., I. S. 76; Schmitt a. a. O., § 49 (S. 87); v. Löhr im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III. S. 390, 392 Note 1, ferner S. 393 No. 2.

[93]) Von den übrigen Fällen der datio in plenam adoptionem handelt § 26, von der arrogatio § 29.

§ 23.

γ. Einwände aus bezüglichen ausdrücklichen Erklärungen Justinian's.

Wir haben oben (§ 20) an dritter Stelle die Einwände aufgeführt, welche man daraus entnimmt, dass Justinian ausdrücklich erklärt habe:

1. er wolle nur für die minus plena adoptio neue Normen statuieren, und
2. hinsichtlich der plena adoptio [94]) solle es bei dem alten Rechte sein Bewenden haben.

Prüfen wir zunächst den ersten dieser beiden Einwände, welchen namentlich v. Vangerow [95]) geltend macht.

Das Institut der minus plena adoptio wird in der l. 10 pr. C. cit. mit folgenden Worten eingeführt: „ideo talem dubitationem et tale vitium corrigentes sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura minime dissolvi“ ....

Entsprechend dem „quidem“ fährt Justinian dann im § 1a fort: „si vero pater naturalis ... maneat stabile ius patris adoptivi“ ....

Wenn man nun etwa auch mit Schönberg [96]) diese Verbindung der eigentümlichen Redeweise Justinian's zuschreiben will, so macht doch derselbe Schriftsteller wohl mit Recht auf die Konjunktive aufmerksam, die der Kaiser im § 1a bei der Erörterung der plena adoptio gebraucht: ... „maneat stabile ius patris adoptivi .... et ad eum solum respiciat filius ..... et Papiniani sententia in hac specie procedat .... et non patris naturalis successionem molestare concedatur ..... eique adquirat ...... et is ei solus pater intelligatur ....“

---

[94]) Es handelt sich hier nur um die plena adoptio i. e. S.

[95]) A. a. O., II. S. 42.

[96]) A. a. O., pag. 91.

Die Stellen, die bis jetzt angeführt, sind v. Vangerow nicht günstig, aber auch die von ihm citierten Worte, mit denen der § 1d beginnt: „sed ne articulum adoptionis in extraneam personam factae sine lege relinquamus“ möchten, im Zusammenhange des Gesetzes betrachtet, in Wahrheit seiner Ansicht nicht nur nichts nützen, sondern geradezu schaden. Unmittelbar vorher hat nämlich Justinian ausführlich von der plena adoptio gehandelt: was kann da die mit „sed“ [97]) beginnende Einleitung zum „articulus“ der minus plena adoptio Anderes bedeuten als dies: „Aber damit ich nun auch nicht die andere Art der Adoption ohne gesetzliche Normierung lasse“ — und in der That findet sich dementsprechend in einigen Codex-Ausgaben, so z. B. in der Haloander'schen [98]) aus dem Jahre 1530 und in der Krüger'schen aus dem Jahre 1880 ein „et“ vor den Worten: „in extraneam personam“.

Hiernach dürfte der Einwand, Justinian habe ausdrücklich erklärt, dass nur für die minus plena adoptio Neues bestimmt werden solle, nicht stichhaltig sein.

Wie steht es nun aber mit jener anderen Behauptung, wonach der Kaiser sich dahin geäussert haben soll, dass er betreffs der adoptio plena das alte Recht fortdauern lassen wolle?

Allgemein stützt man diesen Einwand auf § 14 J. de heredit. quae ab intest. 3. 1 und zwar auf die Worte: „pristina iura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si pater familias sese dederit adrogandum.“

Schönberg [99]) sucht dieser Stelle gegenüber die fragliche Neuerung dadurch zu halten, dass er behauptet, Justinian

---

[97]) Dieses „sed“ scheint v. Vangerow nicht beachtet zu haben, wenigstens führt er es in seinem Lehrbuche nicht an.

[98]) Vgl. die Codex-Ausg. von Herrmann (1843) S. 558, Note 3.

[99]) A. a. O., pag. 93 und 94.

habe bei Erlass sowohl der l. 10 C. cit. als auch der Institutionen das alte Recht nicht genau gekannt und deshalb in dem guten Glauben, dasselbe unverändert zu bewahren, in Wirklichkeit eine Neuerung geschaffen. Aber gesetzt auch, Schönberg's Voraussetzung wäre richtig, so würde ihm das doch, wofern er der Ansicht, Justinian habe an den Erbansprüchen des plene adoptatus gegen seinen leiblichen Vater nichts ändern wollen, unter keinen Umständen irgendwelchen Vorteil bringen können. Wüssten wir nämlich sicher, dass Justinian die Absicht gehabt, das alte Recht gänzlich unverändert beizubehalten, so müsste zweifellos der Wortverstand seiner Bestimmungen vor dieser Absicht zurücktreten.[100])

Doch wir wollen jetzt zusehen, ob nicht vielleicht die „pristina iura“ eine Deutung gestatten, die sich mit der streitigen Neuerung vereinigen lässt.

Nachdem im § 14 J. cit. zunächst ausführlich dargelegt ist, dass bei der minus plena adoptio von einer durch die Adoption begründeten Vater- bezw. Kindschaft in strengem Sinne des Wortes nicht die Rede sein könne, fährt die Stelle fort: „nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit: utroque enim iure tam naturali quam legitimo in hanc personam concurrente pristina iura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si pater familias sese dederit adrogandum“.

In dem Zusammenhange, den wir eben dargethan, dürften diese Worte nichts weiter besagen, als dass in den erwähnten Ausnahmefällen die Adoption eine eigentliche bleiben, d. h. noch immer ein eigentliches Kindesverhältnis

---

[100]) Vgl. Thibaut, logische Auslegung des Rechts, § 12.

zwischen dem Adoptierten und dem Adoptivvater begründen solle.[101])

Einen Beleg für die Richtigkeit dieser Erklärung enthält übrigens der unmittelbar auf die oben citierten Worte folgende Satz: „quae specialiter et singillatim ex praefatae constitutionis tenore possunt colligi“ — das heisst doch: „Das, was hier im Allgemeinen angedeutet ist, kann man im Einzelnen aus der betreffenden Konstitution ersehen“ oder — mehr unserer Frage angepasst — „hier sind nur die Wirkungen der beiden Adoptionen in ihren Grundzügen angegeben, im Einzelnen sind dieselben in dem einschlägigen Gesetze vorgetragen.“

Lässt sich aber der § 14 J. cit. so interpretieren, wie hier geschehen, dann erlischt auch die Beweiskraft, die insbesondere Arndts,[102]) Mayer[103]) und Schirmer[104]) für die Behauptung, Justinian habe an den Wirkungen der adoptio plena nichts ändern wollen, der Thatsache beilegen, dass im § 14 J. cit. die adoptio plena mit der arrogatio auf gleiche Linie gestellt wird — obwohl wir diesem Einwande schon durch den Hinweis darauf begegnen könnten, dass der arrogatus nach älterem Rechte gemäss der von uns vertretenen Ansicht in keinem Falle zu den Kindeserben seines leiblichen Vaters gehörte.[105])

§ 24.

c. Widerspruch der Pandekten.

Wir haben jetzt den Einwand zu betrachten, welcher sich darauf stützt, dass noch in den Pandekten derjenige

[101]) So wohl auch die Glosse. wenn sie zu dem Worte „servavimus“ sagt: „ut sive loco filii sive nepotis adoptatur, perinde habeatur ac si vere naturalis esset.“

[102]) A. a. O., V. S. 689 zu Note 33 und 34.

[103]) A. a. O., § 61 Note 8 lit. c.

[104]) A. a. O., I. § 11 Note 17.

[105]) S. o. S. 16 und 40.

welcher einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, anstandslos als descendentischer Erbe seines leiblichen Vaters behandelt werde, dass aber die bezüglichen Stellen nicht wohl hätten Aufnahme finden können, wenn das betreffende Kindeserbrecht durch die l. 10 C. cit., die bereits im Jahre 530, also drei Jahre vor der Publikation der Pandekten in Kraft getreten, beseitigt worden wäre.[106])

Der Widerspruch ist nicht zu leugnen: in l. 3 § 7 und 8, l. 21 § 1 D. de bon. poss. c. t. 37. 4 finden wir in der That für einen solchen Adoptierten die bon. poss. u. lib. und c. t. gegenüber seinem leiblichen Vater anerkannt.[107])

---

[106]) In dieser Weise argumentieren namentlich v. Vangerow a. a. O., II. S. 42; Sintenis a. a. O., III. § 139 Note 35; Arndts a. a. O., V. S. 688; Schirmer a. a. O., I. § 11 Note 17; Vering a. a. O., S. 649; Schröder a. a. O., S. 336.

[107]) Dass l. 8 pr. D. in ius voc. 2. 4 (Ulpianus lib. XV ad ed.): ... „sed naturalem parentem ne quidem dum est in adoptiva familia (sc. filius) in ius vocari“ ... — nicht widerspricht, ist klar, denn wenn auch das Recht dem Kindesverhältnisse zwischen dem Adoptierten und seinem leiblichen Vater jede Wirkung entzieht, die es selbst geschaffen, wie Erbrecht und väterliche Gewalt, kann es doch niemals die ohne sein Zuthun aus der Blutsverwandtschaft entspringende kindliche Pietät beseitigen und würde daher eine Inkonsequenz hervorkehren, wenn es die Anerkennung, die es dieser Pietät als solcher einmal gezollt, in gewissen Fällen wieder zurückziehen wollte. Vgl. Beckhaus, Grundzüge des gemeinen Erbrechts, I. § 23 No. 2 Note 5; Puchta, Pand., § 454.

Noch weniger kann Schwierigkeit machen l. 1 § 12 D. de ventre in poss. mitt. 37. 9 (Ulpianus lib. XXXXI ad ed.): „Si filius in adoptionem datus decesserit praegnate uxore, tunc deinde adoptator defunctus fuerit, mittetur venter in possessionem avi adoptivi. sed an etiam in eius, qui in adoptionem dederat filium, mittetur, videamus: et si hic nepos postumus heres ab avo naturali institutus sit, mittetur in possessionem, quia et nato ei, si nemo ex liberis sit alius, bonorum possessio secundum tabulas dari potest, aut, si sint liberi praeteriti, etiam contra tabulas cum ipsis potest accipere.“ Es kann unseres Erachtens keinem Zweifel unterliegen, dass die letzten Worte auf die bon. poss. ed. per al. com. gehen, und deshalb hat Puchta Unrecht, wenn er in seinen Vorlesungen II. S. 636/37 sich darüber wundert, dass diese Stelle immer übersehen worden sei.

Aber dieser Widerspruch ist lösbar. Denn darf man auch wohl richtiger Weise nicht zugeben,[108]) dass der Codex als Ganzes, weil er ein Jahr später publiziert sei, den Digesten und Institutionen vorgezogen werden könne, so muss man es doch gewiss für richtig halten, wenn Thibaut[109]) die Pandekten nicht blos ein Gesetzbuch, sondern zugleich ein Lehrbuch nennt, in welches der Absicht Justinian's gemäss manche historische Notiz aufgenommen worden. und wenn man dementsprechend zum mindesten[110]) bei den Pandektenstellen vor einer historischen Auslegung nicht zurückscheut, in dem Sinne, dass eine ältere Stelle einer neueren gegenüber als nicht mehr praktisch angesehen wird.

Die notwendigen Voraussetzungen für eine derartige historische Lösung quellenmässiger Widersprüche können wohl nicht besser präzisiert werden, als dies von Windscheid[111]) geschehen: „Dazu ist . . erforderlich, einmal, dass die spätere Stelle auch wirklich eine spätere Entwickelung des Rechts enthalte, und sodann, dass Gründe vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, entweder dass die Kompilatoren die frühere Stelle nur als rechtshistorisches Material oder als Übergangsrecht haben aufnehmen wollen, oder dass die Aufnahme der früheren Stelle auf Übereilung und Versehen beruht.“

Freilich, nach der Erklärung, die Puchta ihr gibt, muss sie ihm wohl etwas absonderlich erscheinen, denn er spricht sich über dieselbe mit folgenden Worten aus: „Ein in Adoption gegebener und darin verstorbener Sohn hat ein Kind während der Adoption erzeugt, dieses beerbt seinen leiblichen Grossvater wie ein emancipatus.“ Das sagt aber die Stelle gar nicht.

[108]) Windscheid, I. § 26 zu Note 2 und Note 2.

[109]) Civilistische Abhandlungen, No. 6 (S. 91).

[110]) Vgl. v. Löhr a. a. O. (s. Note 80), III. S. 193 Note 2. (Vgl. auch zu dem Vorhergehenden denselben Schriftsteller a. a. O., S. 182 und 183.)

[111]) A. a. O., I. § 26 (S. 68).

Dass wir es in der l. 10 C. cit. mit einer späteren Rechtsentwickelung als in den citierten Pandektenstellen zu thun, ist klar, ausserdem ist aber auch das zweite Erfordernis vorhanden, da in dem ganzen Titel „de bon. poss. c. t.“, zu welchem die fraglichen Stellen gehören, zwar ziemlich oft von den Adoptierten geredet, jedoch niemals der Unterschied zwischen der plena und der minus plena adoptio erwähnt wird, weswegen wir vollauf zu der Annahme berechtigt sind, dass diese Stellen entweder unter historischem Gesichtspunkte oder aber aus Versehen aufgenommen worden sind. Schönberg[112]) entscheidet sich hierbei für das Letztere, doch möchten wir mit v. Löhr[113]) das Erstere für wahrscheinlicher erachten, in Rücksicht darauf, dass die Konstitution erst im Jahre 530 publiziert worden ist und deshalb sowie wegen ihres in den bisherigen Rechtszustand tief eingreifenden Inhalts den Kompilatoren nicht wohl unbekannt sein mochte.

§ 25.
3. Resultat.

Nach den bis jetzt stattgehabten Erörterungen hindert uns nichts daran, den Wortverstand der in l. 10 C. § 1 cit. enthaltenen erbrechtlichen Vorschriften als den wirklichen Sinn derselben anzuerkennen und demgemäss die bestrittene Neuerung ausser Zweifel zu stellen. Allerdings haben wir dabei nur wenige Juristen[114]) auf unserer Seite, während Andere[115]) noch weiter gehen und behaupten, Justinian habe auch die bon. poss. u. cogn. aufgehoben.

[112]) A. a. O., pag. 95.

[113]) A. a. O., III. S. 190.

[114]) Büchel a. a. O., S. 40 ff.; Schönberg a. a. O., pag. 88 sqq.; auch Puchta könnte man gemäss § 454 seines Lehrbuchs hierhin zählen, wenn er nicht in seinen Vorlesungen II. S. 336 die Behauptung aufstellte, dass das Recht des Codex mit dem älteren Rechte übereinstimme.

[115]) Beckhaus, Grundzüge des gem. Erbrechts, § 23 No. 2; Schrader. a. a. O., § 30; Mühlenbruch a. a. O., XXXV. S. 159; Höpfner, Commentar über die Heineccischen Institutionen, §§ 149 u. 589.

Die Beantwortung der letztangedeuteten Frage ist nun zwar für unsere Aufgabe nicht direkt notwendig, in Anbetracht dessen aber, dass ihre Verneinung gewissermassen einen Untergrund giebt, auf welchem sich Justinian's entgegengesetzte Entscheidung bezüglich der bon. poss. u. lib. sehr deutlich in Ansehung ihrer ratio abhebt, soll hier kurz bemerkt werden, dass jene die gedachte Frage bejahende Ansicht durch den Sinn der einschlägigen Worte[116]) keineswegs gerechtfertigt, und durch § 3 J. de success. cogn. 3. 5[117]) — eine Stelle, die sich historisch nicht erklären lässt — geradezu widerlegt wird.

§ 26.
Erbrechtlicher Einfluss der datio in plenam adoptionem in den bisher nicht behandelten Fällen.

Wir haben bisher nur einen Fall der datio in plenam adoptionem behandelt und wollen jetzt zusehen, wie es mit dem Noterbenrechte des Adoptierten in den übrigen Fällen der genannten Adoption bestellt ist. Deren zählt man noch zwei auf, und zwar findet man den einen in l. 10 § 4

[116]) Dieselben sind enthalten in l. 10 § 1 i. f. C. cit. und lauten: „Neque enim ex vetere iure cognationis nexus naturalis patris per adoptionem filio dissolvebatur, sed accedebant iura adoptiva certis reliquiis ex iure naturali remanentibus, et qui legitimus erat familiae adoptivae, is naturalis fuerat cognatus.“ Mühlenbruch a. a. O., XXXV. S. 173 ist der Ansicht, dass hier die bon. poss. u. cogn. als ausschliesslich früheres d. h. als antiquiertes Recht erwähnt werde. Allein wie Büchel a. a. O., S. 43 richtig bemerkt, sagt Justinian nur, dass schon nach dem bisherigen Rechte die Adoption die Blutsverwandtschaft nicht aufhebe — eine Auslegung, wie sie notwendig ist, um das „neque enim“ verständlich zu machen.

[117]) „Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur“. Auf den arrogatus allein diese Stelle zu beziehen, ist nicht möglich; zu einer historischen Erklärung aber ist um so weniger Grund vorhanden, als überall dort, wo sonst in den Institutionen von der Adoption die Rede, das bezügliche antiquierte Recht immer nur im Gegensatze zu der entsprechenden durch l. 10 C. cit. geschaffenen Neuerung erwähnt wird.

C. cit., wonach der herrschenden Meinung[118]) zufolge ein Enkel oder entfernterer Descendent, welcher einem Extraneus in Adoption gegeben ist, dann als plene adoptatus gilt, wenn er sich z. Z. des Todes seines früheren Gewalthabers in keinem unmittelbaren Erbverhältnisse zu diesem befindet, während der andere Fall in der Adoption mittelst Hingabe seitens eines Adoptivvaters bestehen soll.

Dass in Rücksicht auf die in den vorigen Paragraphen dieser Arbeit gefundene Neuerung der letztere der beiden eben erwähnten Fälle eine Untersuchung erfordert, leuchtet sofort ein, da wir bis jetzt diese Neuerung nur bei Hingabe in Adoption seitens eines pater naturalis annehmen können; doch auch den ersteren Fall müssen wir in's Auge fassen nämlich deshalb, weil, wie wir im folgenden Paragraphen zeigen werden, nicht nur die gedachte Neuerung, sondern die bisher behandelten erbrechtlichen Bestimmungen der l. 10 C. cit. überhaupt durch einen ganz andern Grund charakterisiert sind als die entsprechenden Normen des älteren Rechts — eine Thatsache, die von erheblicher Wichtigkeit für die Beurteilung des Einflusses der Nov. 118.

Wir haben also für beide Fälle zu prüfen, ob bezw. in wieweit die erbrechtlichen Vorschriften, die der Kaiser für den einen bisher allein in Betracht gezogenen Fall der datio in plenam adoptionem erlassen, auch dort zur Geltung gelangt sind; eine Entscheidung über die Existenz jener beiden

---

[118]) v. Löhr a. a. O., III. S. 393; Büchel a. a. O., S. 39 Note 6; Lang im Archiv für civ. Prax. XXI. S. 431; Schirmer a. a. O., I. § 11 zu Note 15 (S. 202); Glück, Intestaterbfolge S. 404; Mühlenbruch, Pandekten III. § 455; Schweppe a. a. O., IV. § 466 zu Note 4; Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht, III. § 721 Note 4; Sintenis a. a. O., III. § 139 Note 20 No. 2; v. Vangerow a. a. O., I. § 250 No. 3; Puchta, Pandekten § 443; Arndts, Pandekten § 425; Windscheid a. a. O., II. § 524 No. 1 lit. a zu Note 2 und Note 2; Thibaut, System (9. Ausgabe) II. § 716 Note 1.

Fälle, die wir einstweilen als vorhanden annehmen, wird durch den Zweck unserer Aufgabe erst in zweiter Linie gefordert, wenn bezw. in soweit die Frage, die wir uns eben gestellt. zu verneinen ist.

Sehen wir auf die Kreierung der sonderbaren minus plena adoptio, so können wir leicht zu dem Gedanken kommen. dass Justinian die den unbedingten Verlust des Kindeserbrechts betreffenden Bestimmungen in l. 10 § 1a C. cit. lediglich aus dem Grunde in's Leben gerufen, weil nach seiner Ansicht das Wesen der vollwirksamen Hingabe in Adoption die völlige kindeserbrechtliche Lostrennung des Adoptierten von seinem leiblichen Vater notwendig machte, zu dem Gedanken also, dass die leibliche Ascendenz des Adoptivvaters ohne Einfluss auf diese Bestimmungen gewesen, vielmehr nur die Zulassung der plena adoptio selbst erkläre, und wir dürften dann — unter der Voraussetzung der Richtigkeit der gedachten Schlussfolgerung — ohne Weiteres die Geltung der in Rede stehenden erbrechtlichen Normen für die datio in plenam adoptionem schlechthin behaupten.

Allein so verlockend auch dieser Weg seiner Einfachheit halber erscheint, die massgebenden Worte in den §§ 1a und 1b der l. 10 C. cit. weisen deutlich darauf hin, dass der Kaiser bei Erlass der fraglichen Bestimmungen auf die Eigentümlichkeit des von ihm behandelten Falles Rücksicht genommen. Insbesondere ist in dieser Beziehung aufmerksam zu machen auf den Satz: „Neque enim Marciani distinctioni locum esse in hoc casu invenimus, ubi nullius circumventionis suspicio potest aliquam sibi vindicare licentiam, avita et proavita adfectione haec omnia resecante.“ Wie wir daraus ersehen, ist die Neutralisierung, welche sich nach des Kaisers Ansicht unter dem Einflusse der leiblichen Ascendenz des Adoptivvaters an der besagten zerstörlichen Adoptionswirkung vollzieht, zweifellos der praktische, so zu sagen negative

Grund, auf den sich die ungünstige Stellung des Adoptierten zurückführt, indem die Nichtexistenz jenes „vitium“ die praktischen Bedenken beseitigte, die der Entziehung des Kindeserbrechts entgegenstanden; der bezügliche positive Grund liegt allerdings offenbar in der plena adoptio an sich.

Eine analoge Ausdehnung der für den einen Fall der datio in plenam adoptionem gegebenen Bestimmungen wird scheinbar von vorneherein durch die korrektorische Eigenschaft der l. 10 C. cit. verhindert. Aber die hier angezogene Interpretationsregel beruht doch lediglich auf der Präsumption, dass der Gesetzgeber das alte Recht wo er es nicht ausdrücklich geändert, fortbestehen lassen wolle, und diese Präsumption ist hier keineswegs stichhaltig. Wie wir oben gezeigt, wollte der Kaiser durch die betr. erbrechtlichen Vorschriften jene alte Kontroverse zwischen Paulus, Papinian und Marcian entscheiden, die sich — das geht aus unserer früheren Darstellung hervor — auf die Hingabe in Adoption schlechthin bezogen haben muss, so dass sicherlich kein Gewicht darauf zu legen ist, wenn am Anfange der l. 10 C. cit. bei Erwähnung des gedachten Meinungsstreites nur von der Hingabe in Adoption seitens eines pater naturalis gesprochen wird: der Gesetzgeber hatte also die Absicht, das fragliche Rechtsverhältnis für alle möglichen Fälle der vollwirksamen Hingabe in Adoption neu zu regeln. Dass nun aber eine Entscheidung, mit der übrigens — nach unserer früheren Ausführung — die Änderung des älteren Rechts im Zusammenhange steht, thatsächlich nur für e i n e n Fall der datio in plenam adoptionem erfolgt ist, kann das eben Gesagte deshalb nicht widerlegen, weil aus der Gegenüberstellung der regelmässig bei der Hingabe in Adoption eintretenden minus plena adoptio und jenes einen Falles der datio in plenam adoptionem deutlich hervorgeht, dass der Gesetzgeber, als er die fraglichen erbrechtlichen Bestimmungen erliess, an andere Arten einer datio in plenam

adoptionem nicht gedacht hat, dass er also im Glauben war. er habe seiner decisorischen Absicht genüge gethan.

Die praktische Bedeutung dieser Untersuchung beruht darauf, dass erstens die im § 4 der l. 10 C. cit. enthaltene datio in plenam adoptionem nach des Kaisers Auffassung ebenso wenig ein „vitium“ an sich trägt, wie die, die sich im § 1a des citierten Gesetzes findet — die Worte: „ubi nec imponitur necessitas avo aliquid nepoti vel nepti relinquere“ sollen offenbar diese Auffassung rechtfertigen — und dass zweitens ein „vitium“ in Justinian's Sinne zweifellos auch dann nicht vorliegt, wenn Jemand einem von seinen leiblichen Ascendenten seitens seines Adoptivvaters in Adoption gegeben ist.

Demnach müssen wir das, was wir für jenen einen Fall der datio in plenam adoptionem statuiert gefunden, ganz so. wie dies dort gemeint ist, auch für den im § 4 der l. 10 C. cit. erwähnten Fall und für die eine eben bezeichnete Erscheinungsform der durch Hingabe seitens eines Adoptivvaters geschaffenen plena adoptio als zu Recht bestehend anerkennen. Dagegen lässt sich in allen andern Fällen der Hingabe in Adoption seitens eines Adoptivvaters das „vitium“ nicht wegläugnen, so dass wir jetzt im Interesse einer präzisen Lösung unserer Aufgabe notgedrungen zu einer Erörterung darüber gelangen, ob diese Adoption denn wirklich für eine plena adoptio zu halten ist.

Unsere meisten Pandektisten haben sich über die Hingabe in Adoption seitens eines Adoptivvaters nicht geäussert. doch lassen sie grösstenteils aus ihren Darstellungen ihre diesbezüglichen Ansichten vermuten: in diesem Sinne darf man z. B. Glück,[119]) v. Keller,[120]) Puchta,[121]) Arndts[122]) für

[119]) Intestaterbfolge, S. 402 ff.
[120]) Pandekten II. § 412 B.
[121]) Pandekten, § 443.
[122]) Pandekten, § 425.

die Annahme einer plena adoptio, hingegen Thibaut,[123]) Mühlenbruch,[124]) Windscheid[125]) als umgekehrter Ansicht bezeichnen.

Diejenigen, die den Fall besonders erwähnen, sind — soweit uns bekannt — Schweppe,[126]) v. Vangerow,[127]) Sintenis,[128]) v. Löhr,[129]) Schmitt,[130]) Büchel,[131]) Schirmer:[132]) sie lassen plena adoptio eintreten, stimmen jedoch nicht alle in ihrer Begründung überein; ausser ihnen ist noch Schönberg[133]) zu nennen, der Verschiedenes gelten lassen will, je nachdem ein arrogatus oder ein in plenam adoptionem datus in Adoption gegeben wird.

Man wird sich entscheiden müssen, dass die Hingabe in Adoption seitens eines Adoptivvaters immer plena adoptio begründe, und zwar wird man zu dieser Ansicht selbst dann gelangen, wenn man von der Thatsache absieht, durch welche v. Vangerow und Sintenis zu ihrer Meinung bestimmt worden sind, von der Thatsache nämlich, dass die l. 10 C. cit. ein korrektorisches Gesetz, und dass in diesem ganzen Gesetze ebenso wenig wie in den Institutionen die seitens eines Adoptivvaters erfolgende Hingabe in Adoption Erwähnung findet.

Richten wir allerdings unser Augenmerk allein auf das „vitium", welches der Kaiser beseitigen wollte, so müssen wir v. Vangerow Recht geben, dass Justinian konsequenter Weise auch demjenigen, der von seinem Adoptivvater in Adoption

---

[123]) System, II. § 776.
[124]) Pandekten, III. § 554.
[125]) A. a. O., II. § 524 Note 2.
[126]) A. a. O., IV. § 666,
[127]) A. a. O., § 250 Note 2.
[128]) A. a. O., III. § 139 Note 20 lit. B.
[129]) A. a. O., S. 392.
[130]) A. a. O., S. 36 und 39.
[131]) A. a. O., S. 39 Note 6.
[132]) A. a. O., I. S. 198 Note 10.
[133]) A. a. O., pag. 100.

gegeben, seinen Schutz gewähren musste; betrachten wir aber die Art und Weise, wie er das „vitium" zu beseitigen suchte, so werden wir anderer Ansicht sein.

Justinian wollte doch nur dadurch helfen, dass er dem Adoptierten die vollen Erbansprüche gegen seinen leiblichen Vater bewahrte, und benahm zu diesem Zwecke der Hingabe in Adoption die ganze Zerstörungskraft, die sie früher gehabt.

Was wäre nun der Erfolg gewesen, hätte er dies Verfahren auch bei der Hingabe in Adoption seitens eines Adoptivvaters eingeschlagen? Nichts weiter, als dass zu einer plena eine minus plena adoptio hinzugetreten wäre. Damit aber hätte er doch keineswegs seinen nächsten, so scharf betonten, Zweck erreicht, dem Adoptierten die vollen Erbansprüche gegen seinen leiblichen Vater zu erhalten, weshalb es gewiss nicht möglich ist, eine solche Anordnung als in des Kaisers Absicht liegend zu bezeichnen.[134])

Müssen wir nun hier plena adoptio annehmen, so sehen wir uns jetzt — gemäss dem, was wir oben gesagt — in die Lage versetzt, für diese plena adoptio die Fortdauer des bezüglichen älteren Rechts zu behaupten, mit jener einen Ausnahme, wo die Adoption seitens eines leiblichen Ascendenten des Adoptierten erfolgt ist.

Derjenige also, der von seinem Adoptivvater in Adoption gegeben, bleibt unter allen Umständen von der Kindeserbfolge gegen seinen leiblichen Vater ausgeschlossen, aber mit der Unterscheidung, dass dieser Ausschluss regelmässig durch den Grund des älteren Rechts, in dem gedachten Ausnahmefalle dagegen durch den — wie wir gleich sehen werden — davon verschiedenen Grund der Kompilation charakterisiert ist.

---

[134]) Hierdurch fällt denn auch die eigentümliche Ansicht Schönberg's, dass zwar der arrogatus, nicht aber der in plenam adoptionem datus mit voller Wirkung in Adoption gegeben werden könne.

§ 27.

5. Positiver Grund für die in l. 10 § 1a C. cit. enthaltenen erbrechtlichen Bestimmungen.

Justinian hat — entgegen dem älteren Rechte — dem, der einem leiblichen väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, die bon. poss. u. lib. und damit auch die bon. poss. c. t. gegen seinen leiblichen Vater versagt: warum er dies gethan, ist die Frage, die uns jetzt zu beschäftigen hat, da — wie schon bemerkt — die Erkenntnis dieses Grundes für die spätere Beurteilung des Einflusses der Novelle 118 von der grössten Wichtigkeit ist.

Wir haben zwar im vorigen Paragraphen bereits eine Thatsache gefunden, die mit der gedachten Neuerung in Zusammenhang zu bringen, aber eine Thatsache, die, in der Nichtexistenz des erwähnten „vitium" bestehend, unmöglich für sich allein die besagte Ausdehnung der schädlichen Adoptionswirkung erklärt: der positive Grund hierfür muss vielmehr in der plena adoptio selbst enthalten sein, und wir werden jetzt zeigen, dass derselbe durchaus verschieden ist von dem Grunde, der im prätorischen Rechte den Satz: „adoptio tamdiu nocet quamdiu durat" in's Leben gerufen.

Was mochte wohl den Kaiser zu seiner Neuerung bewogen haben? Etwa die Achtung vor dem Agnationsprinzipe, welche, wie wir gesehen, dem Prätor die Anerkennung des natürlichen Kindesverhältnisses beim Adoptierten für die Regel unmöglich gemacht? Das erscheint keineswegs glaublich, denn eben Justinian war es ja, der schliesslich dem Kognationsprinzipe zur alleinigen Herrschaft verhalf und auch schon vor der Zeit der Konstitution die Wirksamkeit des Agnationsprinzips ausserordentlich eingeschränkt hatte.[135]) Geradezu perplex aber wäre eine solche Annahme, wenn wir wüssten,

[135]) Vgl. namentlich l. 12. C. de suis et legit. 6. 55.

dass der Kaiser das besondere Recht dessen, der einem leiblichen väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, gekannt, oder sollte es denkbar sein, dass Justinian bewusstermassen eine Fiktion beseitigt, die bereits viele Jahrhunderte vor seiner Zeit das Kognationsprinzip dem Agnationsprinzipe gegenüber zur Geltung gebracht?

Wir kommen damit zu dem Resultate, dass für Justinian's Anschauung lediglich das eine künstlich geschaffene Kindesverhältnis der juristischen Anerkennung des anderen natürlichen im Wege stand, dass — mit anderen Worten — der Kaiser die Frage entschieden, welchem Vater gegenüber der in Adoption Gegebene juristisch als Descendent zu betrachten sei, d. h. als Descendent im Sinne eines besonders qualifizierten Blutsverwandten, als kognatischer Descendent.

Dass die l. 10 C. cit. den in plenam adoptionem datus seinen leiblichen Vater in der Klasse u. cogn. beerben liess, darf uns von unserer Ansicht nicht abbringen, da in dieser Klasse die Descendenz nicht als solche qualifiziert war, und wenn man hiergegen geltend macht, dass den Descendenten bei der Berufung ex ed. u. cog. eine besondere Agnitionsfrist gewährt wurde,[136]) so möchten wir darauf hinweisen, dass zu Justinian's Zeit die Agnitionsfrist wahrscheinlich schon verschwunden war,[137]) und im anderen Falle dieses Minimum descendentischer Qualität von Justinian sehr leicht übersehen werden konnte. Im Gegenteil, gerade der Umstand, dass derselbe die bon. poss. u. cogn. beibehielt, beweist deutlich, wie es ihm nur darum zu thun, das doppelte Kindesverhältnis in juristischer Beziehung unmöglich zu machen.

Auch davon darf man keine Widerlegung hoffen, dass der Kaiser durch Einführung der minus plena adoptio ein

---

[136]) Mayer a. a. O., § 82 Note 6; Schirmer a. a. O., I. § 11 Note 25.
[137]) Arndts, Pandekten, § 508 Note 1.

doppeltes Kindeserbrecht statuirt, denn Niemand wird doch behaupten wollen, dass mit dem betreffenden anomalen Intestaterbrechte dem Adoptierten eine neue Descendenz erworben sei; Justinian selbst weist diesen Einwand zurück, wenn er das Adoptivverhältnis bei der minus plena adoptio nur eine „nova adfectio" nennt.

Dadurch schiesslich verliert die Justinianische Entscheidung nicht im geringsten ihre Bedeutung, dass sie zur Zeit, wo sie ausgesprochen wurde und auch späterhin bis zum Erlasse der Novelle 118 immer nur dort Wirksamkeit äussern konnte, wo es sich um eine durch Hingabe an einen väterlichen Ascendenten begründete plena adoptio handelte, während in allen anderen Fällen der datio in plenam adoptionem der schädliche Einfluss der Adoption bis zu gedachtem Zeitpunkte noch immer genugsam in der Geltung des Agnationsprinzips seine Erklärung fand.

Indem aber Justinian die juristische Anerkennung eines doppelten Kindesverhältnisses ablehnte, setzte er sich in grellen Widerspruch mit dem älteren Rechte. Während der Prätor in dem Bestreben, dem Adoptierten die Succession in das Vermögen seines leiblichen Vaters zu sichern, über das Sonderbare einer descendentischen Duplizität hinwegsah und nur in dem Widerstande des Agnationsprinzips seine Schranke fand — wir erinnern in dieser Beziehung an die Fiktion der quasi non aliena familia und an die Gewährung der descendentischen Agnitionsfrist bei der Berufung ex. ed. u. cogn. — nahm umgekehrt Justinian allen Anstoss an jener Duplizität, wogegen ihm das Agnationsprinzip sicherlich schon zur Zeit, wo er die Konstitution erliess, nicht mehr unbesiegbar erschien.

Die Nichtbeachtung dieses Gegensatzes erklärt, wie wir sehen werden, die grosse Meinungsverschiedenheit über die Bedeutung, welche die Novelle 118 für unsere Frage hat.

§ 28.

6. Endigung der schädlichen Adoptionswirkung.

Nach älterem Rechte konnte der Adoptierte, welcher nach dem Tode seines leiblichen Vaters emanzipiert worden, ebenso wenig den einen wie den anderen Vater als Descendent beerben.

Mit Rücksicht darauf, dass es diese Eventualität war, die Justinian durch die l. 10 C. cit. für die Hingabe in Adoption hat unmöglich machen wollen, muss es wunderlich erscheinen, wenn im § 1c des gedachten Gesetzes gesagt wird: „Sed haec manere integra, nisi avus et proavus emancipatum fecerint filium adoptivum: tunc etenim necesse est iterum ad patrem naturalem eum reverti, cum emancipationis interventu adoptio in quamcumque personam facta dissolvitur."

Schon den Glossatoren fiel aus dem angegebenen Grunde die Stelle auf, und später ging Merillius [138]) sogar so weit, in dieselbe das hinein zu interpretieren, was Justinian der ratio seines Gesetzes nach hätte sagen sollen, indem er folgendes ausführt: „Quod si filius parentibus in adoptionem datus ab iis postea emancipatus fuerit, vult Justinianus, filiûm reverti ad patrem naturalem, hoc est ad successionem ipsius. non satis quidem expressit, utrum reverti possit filiùs adoptivus emancipatus ad successionem patris naturalis sive vivus sive mortuus ille fuerit: sed quia supra id vitium in distinctione Marciani propositum, sane et illud emendare voluit, ut scilicet filius emancipatus ab adoptivo patre ex ascendentibus mortuo patre naturali ad successionem ipsius revertatur, quamvis in alia familia fuerit eo tempore quo pater moreretur."

Merillius hält es also für Justinian's Absicht, dass der in volle Adoption Gegebene seine descendentischen

[138]) Expos. in L. decis. Just. No. 14 (pag. 43).

Ansprüche auf die Erbschaft seines leiblichen Vaters auch dann noch geltend machen könne, wenn er erst nach dem Tode des letzteren emanzipiert worden, findet hier demnach einen Fall der Rückziehung, indem er den früheren Mangel der Successionsberechtigung durch die Emanzipation nachträglich verschwinden lässt.

Dass eine solche Anomalität dem Zwecke des Gesetzes entspricht, ist klar, aber deswegen dürfen wir dieselbe doch ohne eine unzweifelhafte Erklärung Justinian's nicht als lex lata betrachten.[139])

Die Ansicht des Merillius hat denn auch keinen Anklang gefunden; nur Glück[140]) schliesst sich ihr — allerdings zweifelnd — an.

So bleibt es hinsichtlich der Endigung der Adoptionswirkung bei dem alten Satze: „adoptio tamdiu nocet quamdiu durat."

§ 29.

b. Arrogatio.

Von der arrogatio redet Justinian am Schlusse der l. 10 C. cit. mit folgenden Worten: „Ubi autem homo sui iuris constitutus per arrogationem ex Augusta liberalitate sese dederit in adoptionem, tunc omnia iura patris adoptivi habeat intacta, cum enim nullum inter patres inducitur discrimen, sit suus heres adoptivus patri arrogatori et familiae eius adgregetur, et omnia, quae ad filium arrogatum veteres legum latores induxerunt, intacta illabataque in eorum personis reserventur."

Es soll also hinsichtlich der arrogatio in jeder Beziehung beim alten Rechte bleiben.

Wie stand es nun mit dem fraglichen Noterbenrechte des arrogatus? Wir haben oben die Ansicht zu rechtfertigen

---

[139]) Thibaut, log. Auslegg. d. Rechts, § 15 lit. B (S. 51).

[140]) Kommentar II. S. 369.

gesucht, dass der arrogatus in keinem Falle zu den Noterben seines leiblichen Vaters gehörte, selbst dann nicht, wenn er von einem väterlichen Ascendenten adoptiert war.

Warum aber nahm hier Justinian keine Änderung vor? Darauf antwortet er selbst: „cum enim nullum inter patres inducitur discrimen“ — das will sagen: „Da schon unter den älteren Juristen die Unzuständigkeit der Querel und überhaupt die alleinige juristische Anerkennung der Adoptivkindschaft nicht streitig war.“ Danach könnte es scheinen, als hätte der Kaiser sich die Meinung der älteren Juristen aus demselben Grunde angeeignet, aus dem diese dazu gekommen waren, und ihr Grund war, wie wir gesehen, keineswegs das Unnatürliche eines doppelten Kindesverhältnisses. Erwägen wir jedoch, dass Justinian die erbrechtlichen Bestimmungen in l. 10 § 1a C. cit. deshalb erlassen, weil er bei dem dort behandelten Falle der plena adoptio in dem Verluste des in Rede stehenden Kindeserbrechts kein „vitium“ sah und mit Rücksicht hierauf die Duplizität der Descendenz als unnatürlich aus dem Rechte verweisen wollte, und dass jener Verlust auch bei der Arrogation kompensiert wird, nämlich dadurch, dass sich hier der Adoptierte selbst in Adoption gegeben, so dürfen wir ohne Bedenken hinter den Worten: „cum enim nullum inter patres inducitur discrimen“ denselben Gedanken erblicken, welcher den Kaiser bei Erlass der oben erwähnten Bestimmungen geleitet hat.

II. Einfluss der Novelle 118.

§ 30.

Übersicht.

Die neue Erbfolgeordnung, die mit der Novelle 118 in Geltung getreten, hat nach der herrschenden Meinung die in Rede stehenden Wirkungen der plena adoptio mehr oder minder modifiziert, während hinsichtlich des minus plene adoptatus

kein Zweifel darüber möglich ist, dass ihm nach wie vor das volle Kindeserbrecht gegen seinen leiblichen Vater gebühre.

So sehr man aber auch über die bezügliche Bedeutung der Novelle 118 gestritten, so leicht wird doch die Beantwortung dieser Frage, wenn wir dabei die Auffassung verwerten, die wir von dem betr. Rechtszustande in der Kompilation durch unsere Untersuchungen gewonnen haben.

Um nun die Darstellung möglichst eng an die bisherige Ausführung anzuschliessen, wollen wir im folgenden zunächst die von uns vertretene Ansicht zu entwickeln und zu verteidigen suchen: dann aber ist die Angabe und Beurteilung der übrigen Auffassungen erforderlich, und schliesslich die Frage in Betracht zu ziehen, ob nicht etwa das hier gefundene Resultat vom Standpunkte Justinian's aus als der Billigkeit zuwider erscheint.

§ 31.

a. Entwickelung und Verteidigung der hier vertretenen Ansicht.

Wie wir gesehen, besteht in der Justinianischen Kompilation für die arrogatio und die Fälle der datio in plenam adoptionem, in denen die Lostrennung des Adoptierten von seinem leiblichen Vater nach des Kaisers Ansicht nicht schädlich, die Bestimmung zu Recht, dass der künstliche Descendent niemals zugleich als natürlicher Descendent kindeserbberechtigt sein solle, während die bezügliche Blutsverwandtschaft an sich ihre rechtliche Qualifikation behalten hat. Handelt es sich dagegen um eine plena adoptio, die durch Hingabe seitens eines Adoptivvaters an Jemanden, der nicht leiblicher Ascendent des Adoptierten, entstanden ist, so gilt das ältere Recht: der Adoptierte gehört nicht zu den liberi seines leiblichen Vaters, weil er nicht als quasi agnatischer Descendent desselben betrachtet werden kann.

Dass in diesem einen Falle der plena adoptio durch die Nov. 118 eine Änderung eingetreten, unterliegt keinem Zweifel. Denn da die Novelle der Erbfolgeordnung ausschliesslich das Kognationsprinzip zu Grunde legt, die missliche Lage des Adoptierten aber nach älterem Rechte lediglich dem Agnationsprinzipe zuzuschreiben ist, so müssen wir nunmehr in dem gedachten Ausnahmefalle dem Adoptierten volles Kindeserbrecht gegen seinen leiblichen Vater zugestehen.

Hat aber die Novelle nicht auch ferner jenen neueren Grundsatz beseitigt, wonach jede andere plena adoptio dem Adoptierten die juristische Qualifikation als Descendent schlechthin, d. h. als kognatischer Descendent entziehen soll? Man möchte diese Frage bejahen, wenn man sich sagt, dass bis zur Novelle der plene adoptatus seinen leiblichen Vater in der Klasse u. cogn. beerben konnte, und seit dieser Zeit das Prinzip, welches für die Berufung in der genannten Klasse massgebend war, zur ausschliesslichen Herrschaft gelangt ist.[141])

Allein es darf nicht übersehen werden, dass das Prinzip bei der Berufung aus dem Edikte u. cogn. mit dem bei der Berufung aus der Nov. 118 — wenn man sich so ausdrücken darf — nur nach der negativen Seite hin übereinstimmt, d. h. nur insoweit, als die Beseitigung des Unterschiedes zwischen Agnaten und Kognaten in Frage kommt, dass aber die positiven Grundsätze bei beiden Berufungen sehr von einander abweichen und zwar deshalb, weil in der Klasse u. cogn. reine Gradualerbfolge herrscht, während die Nov. 118 verschiedene Arten von Verwandten in Ansehung der Erbfolge besonders qualifiziert.

---

[141]) Vgl. Büchel a. a. O., S. 59 und 61; Heidelberger Jahrbücher von 1819, S. 119 ff.; Glück, Intestaterbfolge, S. 606; v. Vangerow a. a. O., II. S. 43; Sintenis a. a. O., III. S. 111; Brinz, Pandekten III. § 383, Note 7; Kœppen a. a. O. § 50 (S. 30); Schönberg a. a. O. pag. 108 sqq.; Schmitt a. a. O. § 58; Rosshirt, Testam. Erbrecht, S. 79 und 80.

Da nun besagte Novelle die Frage, wer Descendent sei, nicht entscheidet, so sind wir in dieser Beziehung auf die an das natürliche Verhältnis sich anlehnende Begriffsbestimmung, nicht minder jedoch auf das ältere Recht angewiesen, soweit dasselbe bezügliche Modifikationen enthält, welche nicht dem Agnationsprinzipe entstammen; eine solche Modifikation aber ist zweifellos in jenem oben erwähnten Grundsatze zu finden, wie ihn Justinian in l. 10 C. cit. aufgestellt hat.[142])

Wollte man etwa gegen unsere Ausführung einwenden, dass dieselbe einen Widerspruch in sich berge, indem sie die auf die Unnatur dieses Verhältnisses gegründete Missbilligung einer zwiefachen Descendenz nicht durchweg annehme, so würde darauf zu erwidern sein, dass der Kaiser jedenfalls keine Inkonsequenz begangen, wenn er einen abstrakten Gedanken nur insoweit zum Gesetz erhoben, als dessen Realisierung ihm praktisch nicht unzulässig erschien.

Nach alledem können wir für das neueste Römische Recht folgendes festsetzen: der vollwirksam Adoptierte gilt mit der einen Ausnahme, wo die Adoption durch Hingabe seitens eines Adoptivvaters an einen Andern als einen leiblichen Ascendenten des Adoptierten zu Stande gekommen, nicht als Descendent seines leiblichen Vaters und hat daher gegen diesen kein Noterbenrecht, wenigstens kein Noterbenrecht im eigentlichen Sinne — eine Hinzufügung, die deshalb notwendig, weil die Frage, ob das formelle Noterbenrecht und so auch die bon. poss. ed. per al. com. nach der Novelle 115 noch praktisch, hier nicht zu beantworten ist.[143])

---

[142]) Vgl. Thibaut, civilist. Abhandlungen, No. 7 (S. 115).

[143]) Es versteht sich nach dem oben Gesagten von selbst, dass wir dem plene adoptatus — von jener einen Ausnahme abgesehen — auch kein Intestaterbrecht gegenüber seinem leiblichen Vater zuerkennen.



b. Angabe und Beurteilung sämmtlicher übrigen einschlägigen Ansichten.

§ 32.

α. Angabe dieser Ansichten und der Darstellungsweise.

Die sämmtlichen in Betracht kommenden Meinungen gehen in dreifacher Richtung auseinander: einige Juristen erklären sich für volles Noterbenrecht, weil sie die natürliche Descendenz des plene adoptatus als rechtlich wirksam anerkennen;[144]) Andere[145]) sind gegen jegliches Noterbenrecht aus dem umgekehrten Grunde, weil sie die natürliche Descendenz des plene adoptatus nicht für rechtlich qualifiziert halten; die Meisten[146]) aber sprechen zwar dieser natürlichen

---

[144]) Brinz a. a. O., III. § 383 zu Note 7 und Note 7 i. Vbdg. m. § 404 Note 3; v. Keller a. a. O., II. § 466 (S. 361); Göschen, Vorlesungen. III. § 918 (S. 339) i. Vbdg. m. § 879; Windscheid a. a. O., III. § 571 zu Note 10 i. Vbdg. m. § 579 zu Note 7 und Note 7. Von älteren Juristen aller Wahrscheinlichkeit nach: Stryck a. a. O., § 39; Koch, successio ab intest. civ., § 40; Heidelb. Jahrb. von 1819, S. 769—72; Lehr a. a. O., §§ 16 u. 17; Höpfner a. a. O., § 689: zweifellos folgende: Rosshirt, Testam. Erbrecht, S. 79—81, Einleitung in das Erbrecht, S. 397 und 398; Schmitt a. a. O., § 58; Schröder a. a. O., S. 238/39.

[145]) v. Löhr a. a. O., S. 397 ff., S. 402 ff.; Mühlenbruch, Kommentar XXXV. S. 173 ff., doctrina pandekt., § 632 nota 4; Puchta, Lehrbuch. § 454, Vorlesungen, II. § 454; Hunger, das Erbrecht, § 125 S. 408—12; Beckhaus a. a. O., § 21 (S. 24), § 23 (S. 48): unter den Älteren ist zu erwähnen: Bachovius ad Treutlerum vol. II disp. XVI thes II lit. J.

[146]) Glück, Intestaterbfolge, § 159, u. Kommentar VII. S. 11; Schweppe a. a. O., IV. § 666 Note 1 (S. 89), V. § 827 Note 3 (S. 139); Sintenis a. a. O., III. S. 111 ff. Note 55; v. Vangerow a. a. O., II. S. 43, 44 und 250; Dernburg, Pandekten, III. § 135 zu Note 10 und Note 10 i. Vbdg. m. § 149 zu Note 3 und Note 3; Arndts, im Rechtslex. V. S. 688 und 689 i. Vbdg. m. VIII. S. 122 zu Note 18 und S. 182; Schrader a. a. O., § 30 ff.; Büchel a. a. O., S. 51 ff.; Francke a. a. O., S. 181; Mayer a. a. O., S. 82 Note 6 i. Vbdg. m. § 86 Note 3; Tewes a. a. O., I. S. 76; Kœppen a. a. O., S. 20 in Vbdg. mit S. 47; Schirmer a. a. O., I. S. 206 zu Note 24 und 25, sowie

Descendenz im Übrigen ihre juristische Bedeutung nicht ab, wollen jedoch das bezügliche materielle Noterbenrecht in Abrede stellen.

Da die zweite Meinung mit der unsrigen — abgesehen von jener einen Ausnahme — zwar im Resultate übereinstimmt, aber von ihren Vertretern in letzter Linie ganz anders gerechtfertigt wird, als hier geschehen, so haben wir grosses Interesse daran, diesen Gegensatz möglichst aufzuklären und wollen deshalb zunächst die verschiedenen Rechtfertigungsweisen, die sich auf diese Ansicht beziehen, in einem besonderen Paragraphen ausführlich betrachten, um erst dann auf eine Kritik der übrigen Meinungen einzugehen.

§ 33.

β. Beurteilung der der Hauptsache nach im Resultate mit der hier vertretenen Meinung übereinstimmenden Ansichten.

Die Ansicht, dass nach der Nov. 118 dem plene adoptatus mangels rechtlich anerkannter Descendenz kein Noterbenrecht gegen seinen leiblichen Vater zustehe, ist bisher am gründlichsten von v. Löhr[147]) und Mühlenbruch[148]) verteidigt worden. Diese Beiden sollen daher vorzüglich berücksichtigt werden, zumal die v. Löhr'sche Auffassung bereits sehr weitläufig, aber unrichtig in den Heidelberger Jahrbüchern von 1819 S. 767 ff. recensiert worden, und diese Recension allgemeine Zustimmung gefunden.

Genannte Juristen haben, wie auch wir im Anfang unserer Arbeit, zunächst nach dem Grunde des Satzes: „adoptio

---

Note 25; Schönberg a. a. O., pag. 104 sqq. i. Vbdg. m. pag. 114 sqq.; Vering a. a. O., S. 390 und 649; v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik, II. S. 858.

[147]) A. a. O., S. 397 ff.

[148]) Kommentar, XXXV. S. 173 ff.

tamdiu nocet quamdiu durat" geforscht. Sie sahen sofort, dass die in der adoptio liegende capitis deminutio nicht in Betracht kommen könne, da doch der emancipatus in der Klasse u. lib. erbberechtigt war.

Während wir aber durch eine längere Unsersuchung dahin kamen, dass die Konkurrenz des agnatischen Kindesverhältnisses die ungünstige Lage des Adoptierten erkläre. fanden sie viel schneller das ausschlaggebende Moment in der Thatsache, dass der Prätor sich gescheut habe mit der juristischen Konstruktion eines doppelten Kindesverhältnisses etwas Unnatürliches in das Recht hineindringen zu lassen. Dieser Irrtum fällt bei ihnen um so mehr auf, als sie beide das besondere Recht der Hingabe in Adoption an einen väterlichen Ascendenten kannten und darum wissen mussten, dass der Prätor hier keineswegs an jener Duplizität Anstoss genommen.

Die Antizipation des Justinianischen Rechts ist der Hauptfehler, den Jeder von ihnen bei der Rechtfertigung seiner Ansicht gemacht.

Ganz und gar unrichtig erscheint es dagegen, wenn der Verfasser der erwähnten Recension der Meinung ist, v. Löhr habe die liberi mit den übrigen Descendenten verwechselt und folgeweise in der ersten Klasse der Nov. 118 nur liberi erben lassen wollen. v. Löhr selbst verwahrt sich ausdrücklich gegen diesen Einwand, wenn er sagt:[149]) „Die in adoptionem dati kamen im alten Rechte bei der Beerbung ihres leiblichen Vaters nicht in der Klasse unde liberi vor, weil sie nicht als liberi betrachtet wurden. Sie kamen auch nicht in der Klasse unde legitimi, weil sie keine Agnaten und überhaupt keine legitimi heredes waren: erst in der Klasse unde cognati wurden sie gerufen. Stünde Justinian's

[149]) A. a. O., S. 402 Note 1.

Verordnung, dass der Unterschied zwischen Agnaten und Kognaten aufhören solle, allein da, so würden sie als Folge hiervon in die zweite, aber nicht in die erste Klasse rücken, aus welcher sie nicht ihre capitis deminutio ausschloss, sondern vor Allem der Umstand, dass sie schon einen anderen Vater hatten und also zu keinem zweiten in dem Verhältnisse eines Kindes stehen konnten."

Hiernach gehörte der Adoptierte deshalb nicht zu den liberi seines leiblichen Vaters, weil er bereits Kind eines anderen war; dies aber ist der den Erbfolgeverhältnissen vor der Nov. 118 entsprechende Ausdruck der allgemeinen Vorschrift, dass künstliche Descendenten nur als solche und nicht auch zugleich als leibliche Descendenten kindeserbberechtigt sein sollen.

Der von v. Löhr und nach ihm ebenfalls von Mühlenbruch schon für das ältere Recht vermutete Grundsatz, den wir erst in der Justinianischen Kompilation vorgefunden, wird also durch den agnatischen bzw. quasi-agnatischen Charakter des in der Klasse unde liberi deferierten Erbrechts nicht im geringsten beeinflusst, weshalb bei keinem dieser beiden Juristen von einer Verwechslung der liberi mit den übrigen Descendenten die Rede sein kann.

War die Antizipation des Justinianischen Rechts der erste Fehler, dessen v. Löhr und Mühlenbruch sich schuldig gemacht, so begingen sie bei der Interpretation der l. 10 C. cit. noch einen zweiten, indem Mühlenbruch — man verzeihe diese Abschweifung — durch dieses Gesetz auch die bon. poss. u. cogn. beseitigt glaubte, und v. Löhr — was bei seiner starken Abneigung gegen die juristische Anerkennung eines doppelten Kindesverhältnisses gewiss recht sonderbar — die bon. poss. u. lib. für den, der einem väterlichen Ascendenten in Adoption gegeben, bestehen liess.

Dann aber gelangten Beide durchaus konsequent zu dem Resultate, dass die Nov. 118 an dem Ausschlusse des Adoptierten von der kindeserbrechtlichen Succession in das Vermögen seines leiblichen Vaters nichts geändert, wobei allerdings v. Löhr nicht beachtet hat, dass die Novelle bei der Durchführung des reinen Kognationsprinzips und der Bevorzugung der Descendenten keine solchen im Sinne von cognati kannte und kennen durfte.

Sind aber auch v. Löhr und Mühlenbruch diesen Fehlern nicht aus dem Wege gegangen, so ragen sie doch jedenfalls vor vielen anderen Juristen insofern hervor, als sie ihre erste falsche Voraussetzung wenigstens konsequent benutzt haben.

Von der gleichen unrichtigen Annahme wie v. Löhr und Mühlenbruch scheint Bachovius[150]) ausgegangen zu sein.

Auch in den bezüglichen Deduktionen bei Hunger[151]) und Puchta[152]) lässt sich ein logischer Fehler nicht nachweisen, doch haben diese Juristen das ältere Recht nicht klar erkannt, da nach ihrer Auffassung die väterliche Gewalt des Adoptivvaters schlechthin, also ohne die eigentümliche civilrechtliche Sanction, der Grund für die missliche Lage des Adoptierten ist.

Was endlich die Begründung unserer Ansicht bei Beckhaus betrifft, so ist dort — streng genommen — eine solche gar nicht vorhanden. Alles, was darauf bezogen werden kann, findet sich im § 23 Note 2 seiner citierten Schrift, wo er ausführt, dass der plene adoptatus deshalb seinen leiblichen Vater nicht beerbe, weil er kein cognatus desselben sei, und diese Behauptung ganz allgemein durch einen Hinweis auf die Wortauslegung der l. 10 C. cit. rechtfertigt.

---

[150]) A. a. O.

[151]) A. a. O., § 125 (S. 408—412).

[152]) Vorlesungen, II. § 454, Lehrbuch, § 454.

§ 34.

γ. Beurteilung der übrigen Ansichten.

Ebenso wenig wie bei denen, die im Resultate beinahe mit uns übereinstimmen, findet sich bei den Vertretern der beiden übrigen Meinungen der Hinweis auf die von uns hervorgehobene Verschiedenheit zwischen vorjustinianischem und Justinianischem Rechte.

Von diesen beiden Ansichten müssen wir derjenigen den Vorzug geben, welche dem plene adoptatus Noterbenrecht im vollen Maasse gegen seinen leiblichen Vater zuerkennt. Denn es lässt sich mit Ausnahme jenes einen Versehens nichts dagegen einwenden, wenn man[153]) so deduziert: der Adoptierte war zwar im älteren Rechte durch die Wirksamkeit des Agnationsprinzips von der Kindeserbfolge gegen seinen leiblichen Vater regelmässig ausgeschlossen, die Novelle 118 aber hat gedachtes Prinzip gänzlich beseitigt: folglich ist nunmehr der plene adoptatus seinem leiblichen Vater gegenüber in jeder Beziehung kindeserbberechtigt.

Einer so konsequenten Begründung ist dagegen die andere Ansicht nicht fähig. Dieselbe enthält jedenfalls insofern eine Anomalität, als sie einen Descendenten, der als solcher anerkannt ist, aus der Reihe der Pflichtteilsberechtigten streicht. Die Existenzberechtigung dieser Anomalität führt man auf Justinian zurück, der dem plene adoptatus im Verhältnisse zu seinem leiblichen Vater trotz Belassung descendentischen Intestaterbrechts das Pflichtteilsrecht abgesprochen habe. Allein man begeht dabei den Irrtum, auf den wir bereits aufmerksam gemacht, dass man nämlich die Berufung des Descendenten ex ad. u. cogn. der Berufung des Descendenten aus der Nov. 118 gleichstellt, obwohl sich doch diese beiden Berufungen dadurch von einander

---

[153]) Vgl. z. B. Rosshirt, Intestaterbfolgerecht, S. 79 und 80.

unterscheiden, dass die erstere grundsätzlich nur eine Anerkennung der Descendenz als einer Blutsverwandtschaft schlechthin, die letztere eine Anerkennung der Descendenz als einer juristisch bevorzugten Blutsverwandtschaft involviert

§ 35.

c. **Erscheint das hier gefundene Resultat vom Standpunkte des Gesetzgebers aus eine Härte?**

Bei einer schnellen Würdigung der Ansicht, wie wir sie hinsichtlich der von uns erörterten Frage für das neueste Römische Recht vertreten, wird man leicht dazu gelangen, gegen dieselbe den Vorwurf zu erheben, dass sie, indem sie das natürliche Verhältnis des plene adoptatus zu seinem leiblichen Vater — wenigstens regelmässig — für jenen in keiner Weise erbrechtlich anerkannt wissen will, einer der grössten Unbilligkeiten Platz im Rechte verschaffe.

In ganz anderem Lichte aber stellt sich unsere Meinung dar, wenn man bedenkt, dass erstens die Berufung in der Klasse u. cogn. doch gewiss verhältnismässig selten eintrat, zweitens die Ausnahmestellung der plena adoptio durch die Novelle 118 nicht aufgehoben wurde, und drittens der plene adoptatus nur dort des Kindeserbrechts gegen seinen leiblichen Vater entbehrt, wo dasselbe nach des Gesetzgebers Auffassung überflüssig ist.

